

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 68 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 7 - 28020

Tfno: 914932879

Fax: 914932883

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0031349



(01) 30576036818

----- /Dña. ANTONIO GARCIA MAR
ICO SANTANDER, S.A.
----- /Dña. EDUARDO CODES FEJOO

SENTENCIA Nº 234/2016

En la Villa de Madrid, a treinta de mayo de dos mil dieciséis.

Javier Mauleón Álvarez de Linera, magistrado juez, titular del juzgado de primera instancia número 68 de Madrid, ha visto los presentes autos de juicio ordinario instados por el procurador don Antonio García Martínez, en nombre y representación de

asistidos del abogado don Juan José Ortega García, contra BANCO SANTANDER, S.A., que ha estado representada por el procurador don Eduardo Codes Feijoó y asistida de la abogada doña Sonia sobre nulidad de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de febrero de 2015, se presentó escrito por el que se formulaba demanda por la que se solicitaba se declarase nulo, aunque existía petición subsidiaria, por error al prestar el consentimiento, un contrato consistente en la suscripción de un producto financiero denominado Valores Santander, intereses y costas, todo ello sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que invocaba.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada, que contestó a la demanda y se opuso por las razones que invocaba y que damos por reproducidas.

TERCERO.- Se celebró la audiencia previa al juicio el día 10 de septiembre de 2015, comparecieron las partes, se reconocieron los documentos, se fijó la controversia, se propuso la prueba consistente en interrogatorio de parte, documental, testifical y pericial, que fue admitida parcialmente.

CUARTO.- Se celebró el acto del juicio el día 26 de abril de 2016, comparecieron las partes, se practicó la prueba admitida, salvo un interrogatorio de parte al que se renunció, y una testifical que no pudo practicarse por presencia del testigo en la sala antes de su declaración, informaron los letrados en apoyo de sus respectivas tesis y se declararon los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo las relativas al plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Reclama la parte actora se declare la nulidad o, subsidiariamente, se resuelva por incumplimiento de sus obligaciones por la demandada, un contrato consistente en la compra de un producto financiero, denominado Valores Santander, al considerar que al prestar su consentimiento incurrió en error y, además, que la demandada sustrajo toda la información necesaria para que el actor pudiera tener conocimiento exacto de la naturaleza de la inversión, sus consecuencias y efectos.

La parte demandada se opone a la demanda alegando que dio toda la información precisa, que el actor persistió en su voluntad de invertir, y que solo al finalizar el tiempo

previsto en el contrato para su conversión en acciones, por ser el cambio desfavorable a sus intereses instan la reclamación judicial.

SEGUNDO.- Los hechos que enmarcan la controversia son muy sencillos y hacen referencia a que en el mes de septiembre/octubre de 2007 (las partes han insistido mucho en la fecha, pero en nuestro criterio que fuera un mes u otro ninguna relevancia tiene) los actores suscriben veinte títulos de los denominados Valores Santander, emitidos en el año 2007, abonando la suma de 100.000 euros que tenían un valor nominal de 5.000 euros. La orden carece de fecha, pero existe un documento previo de reserva o denominación similar, que se ha reconocido y que tampoco lleva fecha, por lo que lo determinante a efectos de esta sentencia será la fecha en que se cargó el coste de la adquisición.

Tal adquisición la realizan los actores, sin duda alguna, aconsejados por el personal de la demandada, dada las relaciones de confianza que tenía el actor con dichos empleados, derivado ello de haber trabajado para la propia entidad bancaria, primero como ordenanza y posteriormente como administrativo.

Los actores son un matrimonio, hoy jubilado, con estudios básicos y sin formación financiera, que no fueron sometidos a los pertinentes tests (por la fecha no era preceptivo el test de idoneidad) o pruebas que en otras ocasiones se nos han presentado en conflictos con este mismo producto financiero, y de haberse realizado habrían dado como resultado la falta de idoneidad del producto para los actores, dada su nula experiencia o conocimientos en la materia, y deberían haber suscrito el pertinente documento que, pese a la inadecuación del producto a su perfil, salvara mediante expresión manuscrita al efecto por los interesados y reiteraran su voluntad de adquirir o suscribir tales valores.

La parte demandada no ha acreditado en modo alguno que diera a los actores la información previa normativamente establecida y ni tan siquiera se aporta documentación suscrita por los actores con tal ocasión, a salvo la reserva y la orden antes dichas.

Dichos valores, de conformidad con las condiciones de su emisión, tenían como finalidad la captación de fondos para una determinada operación financiera de la entidad

demandada y quedaron transformadas en obligaciones, necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander en diferentes momentos, hasta un máximo de cinco años en cuyo momento tal conversión sería obligada, y obteniendo durante el tiempo hasta su conversión en acciones una retribución claramente superior a las ordinarias de un depósito.

Los actores que adquieren los valores en el año 2007, como ha quedado dicho, mantienen el producto, siendo en el año 2012 cuando se produce el canje obligatorio con las mermas que se señalan en la demanda de gran importancia económica.

Como se expresó en el acto del juicio por el actor en su interrogatorio, al que damos total crédito, pues manifestó con credibilidad el proceso de contratación, en su criterio o bien le devolvían el importe en el año 2012 o bien le daban acciones del Banco de Santander por ese importe, lo que no pudo manifestar es la cuestión clave de este tipo de productos, esto es, la comprensión de que el valor del que se partía para la conversión obligatoria y la que realmente luego se produjo al tiempo de la conversión podría variar sustancialmente (como así ocurrió), produciéndose un desfase económico muy importante, dado que todos los cálculos para la conversión se hicieron a 16 euros la acción (en el intermedio por el juego de las ampliaciones de capital se estableció el precio en 12,96 euros) y al final resultó que en dicha fecha de conversión obligatoria solo alcanzaban un valor de un poco más de 5 euros la acción.

Debe señalarse, finalmente, que los actores deben ser calificados como minoristas. El hecho de haber invertido en bolsa no altera ni tal condición ni el carácter conservador moderado que nos merece, pues es difícil comprender que un matrimonio sencillo ponga en riesgo el capital ahorrado a lo largo de muchos años por la obtención de unos puntos de mayor rendimiento.

TERCERO.- El producto de controversia debe ser considerado como producto complejo (no existe discrepancia al respecto entre las partes) y como tal su regulación la encontramos dentro del artículo 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, Ley 24/1988, que considera no complejos a dos categorías de valores: 1. Los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de

“general conocimiento”; 2. Aquellos en que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor, y aquellos que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y debiendo, finalmente, existir a disposición del público información suficiente sobre sus características que deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1310/2005 contienen la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado.

El primero, el minorista, es caracterizado por defecto o exclusión: lo es quien no es experto o cualificado. El minorista es merecedor de mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor. Se da, así, lo que se ha venido llamando una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor o comercializador y los inversores minoristas.

La superación por insuficiencia del sistema de información reglada como sistema de protección del inversor minorista - y, por tanto, se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional - tomó definitivo impulso por la trasposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la Ley del Mercado de Valores y por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

Esta normativa impone que las entidades de crédito tienen el deber general de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo” (artículo 79). Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información (artículo 79 bis). La entidad debe “mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes”, debe ser “imparcial, clara y no engañosa” y debe versar “sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión... en función de que la misma «les permita comprender la naturaleza y los riesgos... del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.”

Descendiendo todavía más sobre las obligaciones concretas de información, el artículo 79 bis, apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión – entre las que se incluyen las entidades de crédito – que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos – debe cumplir las siguientes obligaciones: a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión cuando la entidad no obtenga la referida información, c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto a fin de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente, d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él, si así lo considera, e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

El artículo 63.1.g) de la Ley de Mercado de Valores determina que se entiende por asesoramiento en materia de inversión “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”, sin que se considere como tal “las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, que

tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial”, por lo que la actuación del director de la oficina no cabe sino considerarla “recomendación personalizada”, y por consiguiente asesoramiento.

Es cierto que la diferencia entre comercialización y asesoramiento puede crear confusión, pues en ambos la decisión final es del cliente, quien hace caso o no a los consejos ofrecidos por la entidad bancaria, pero la iniciativa en la oferta y el hecho no cuestionado del desconocimiento de estos productos lleva a concluir que se está ante una gestión asesorada de las previstas en el citado artículo 63.1.g) y la entidad demandada prestó un servicio activo de asesoramiento que excede del simple contrato de administración de valores.

CUARTO.- Somos conocedores de la existencia de jurisprudencia contradictoria en el tema que nos ocupa y solo es necesario para ello examinar las aportadas por ambas partes en el presente expediente, y no tenemos problema alguno en reconocer que hemos dictado sentencia (no firme) desestimando una demanda contra la misma entidad financiera, por el mismo producto financiero y con la misma causa de pedir, pero ello por las razones concretas que enmarcan la contratación en cada supuesto, además de las circunstancias personales del inversor.

Pues lo cierto es que, pese a esa jurisprudencia encontrada, hoy existen ya sentencias del Tribunal Supremo que, si bien en un supuesto relativo a un producto financiero distinto, perfilan ya el marco en el que debe hacerse el concreto examen de las circunstancias de hecho de cada caso concreto, pudiendo sin embargo extraer conclusiones genéricas respecto de la contratación de este tipo de productos.

Nos referimos, en concreto, a la STS de fecha reciente de 3 de febrero de 2016 que señala:

“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 trasposición 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 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 [...]».

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.

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].

...

La sentencia de apelación extrae la conclusión de que los clientes fueron informados sobre la naturaleza y los riesgos del producto de que a su entender aparecen claramente descritos en los propios contratos. Pero la información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. No basta con que en el contrato se haga mención de que «el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido», pues se trata de una advertencia genérica. 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).

...

El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional 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 inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma 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. En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 689/2015, de 16 de diciembre.

Conviene aclarar, como ya hicimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos, hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Esta presunción no queda contradicha por la circunstancia de que en el caso del Sr. Estanislao hubiera contratado dos productos estructurados tridente, uno en el año 2005 y otro posterior en el 2007, pues ambos son objeto de la acción de nulidad, y el hecho de que no se hubieran actualizado los posibles riesgos de pérdida de la inversión en el caso del primer contrato, explica que se contratara el segundo sin conciencia de aquellos riesgos. Los hechos narrados por la sentencia recurrida en su fundamento

jurídico sexto no justifican que a los recurrentes se les atribuya un perfil de inversor de riesgo, que justifique la ausencia de error sobre los riesgos de pérdida significativa de la inversión.

Y, como también hemos recordado en otras ocasiones, «el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre, con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014). Pero esta misma jurisprudencia, entiende que en casos como el presente, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a 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».

La sentencia de la sección 20 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 23 de febrero de 2016, en un supuesto igual al que nos ocupa (el mismo producto financiero) expresa su criterio al respecto, criterio que hacemos propio, al señalar:

“En todo caso, la nulidad que se interesa en la demanda y es acogida en la sentencia, deberá analizarse, no tanto en función de las características propias del producto, sino del conocimiento que del mismo tenía el cliente y de la existencia o no de un error invalidante al prestar el consentimiento, a la vista de la información suministrada por la entidad demandada y del cumplimiento de las especiales obligaciones que le impone la normativa reguladora de la actividad financiera, a fin de deducir de todo ello si existe o no un error invalidante al prestar el consentimiento.

CUARTO .- La siguiente cuestión a analizar ha de venir referida a si la relación jurídica existente entre las partes aquí enfrentadas, participa de las características propias de los servicios de asesoramiento o de mera comercialización, en cuanto las obligaciones que se derivan para la entidad bancaria no son la mismas en uno u otro supuesto.

Como señala la sentencia de la Sec. 14ª de esta Audiencia de fecha 2 de diciembre de 2.014, la existencia y extensión del deber de asesoramiento por parte de las entidades financieras cuando prestan determinados servicios bancarios, no deriva necesariamente de la existencia de pactos escritos, por cuanto la existencia de dicha relación jurídica era posible, conforme a la inicial Ley del mercado de Valores, en cuanto en todo momento se ha exigido a las empresas autorizadas para actuar en dicho ámbito, un especial deber de diligencia, información y defensa de los intereses de sus clientes. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014, con base en lo que señala la S TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en sí, sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE., precepto que define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

...

QUINTO.- A los mismos efectos de analizar el grado de cumplimiento que ha realizado la entidad bancaria de sus obligaciones, hemos de precisar la normativa aplicable a los hechos aquí discutidos, pues siendo las órdenes de adquisición de fecha 25 de septiembre de 2.007, el marco normativo a tener en cuenta está constituido, por una parte la Ley 24/1988 de 28 de Julio del Mercado de Valores en la versión vigente del 13 de Agosto al 21 de Diciembre de 2007, el Real Decreto Legislativo 629/1993, vigente hasta el 17 de Febrero de 2008, así como la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de Octubre de 1995 que desarrolló parcialmente este Real Decreto, concretamente en sus artículos noveno a undécimo, en vigor hasta la entrada en vigor del Real Decreto 217/2008 de 15 de Febrero. Ahora bien, el hecho de que no se hubiera traspuesto a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/39/CE, no equivale a que conforme a la anterior normativa, no fuera exigible a las entidades bancarias el deber de informar, actuar en defensa de los intereses de

sus cliente y adoptar unas normas de conducta, en términos muy parecidos a los que se reflejaron expresamente en la nueva LMV. En este sentido en el artículo 79 de la Ley 24/1998, así como los códigos de conducta aprobados por el Gobierno en desarrollo de las mismas y el Ministerio de Economía a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, exigían que las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y las personas o entidades que intervengan en el Mercado de Valores, "tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores", debían atenerse a los principios y requisitos que el mismo precepto señala y que a los efectos que nos interesa son:

- a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado",*
- c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de sus clientes como si fuesen propios",*
- d) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados",*
- e) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.*

Igualmente, en el Anexo del Real Decreto 629/1993 de 3 de Mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, que venía a regular en la época en la que se suscribieron el producto aquí analizado, el código general de buena conducta de los mercados de valores, en su art 2 se dice que todas las entidades intervienen en él mismo deben actuar con el cuidado y diligencia en sus operaciones, señalando en su art 4.1 que las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer, señalando en su art 5, bajo el título de "Información a los clientes" que estas 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, indicando en el punto 3 de este mismo precepto que "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 o malentendidos", indicando en un apartado 5 que las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas con ellos recabando nuevas instrucciones en caso de ser necesario en interés del cliente.

Finalmente la Orden de 25 de Octubre de 1995 en su artículo Noveno indicaba, en relación con la información de las operaciones a realizar, en su punto 1 que las entidades deberían informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, señalando que "Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión", indicando como debían practicar las liquidaciones de las operaciones o servicios contratados.

...

Con base a dicha normativa, entendemos es de aplicación al caso, la doctrina que, en relación al deber de información de las entidades financieras que ofrecen productos como el aquí analizado, establece la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en las sentencias nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, recurso nº 879/2012, y la de 08 de julio de 2014, recurso nº 1256/2012, y que puede sintetizarse en los siguientes criterios:

1.- El contenido mínimo de la información debe comprender: a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión. b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse. c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero, y d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

2.- La habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado,

que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, destacando un elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión.

3.- El cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 del Código Civil y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4.- Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011).

5.- La incidencia del incumplimiento del deber de información en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero, puede resumirse en los siguientes puntos:

a.- Corresponde a la entidad financiera acreditar que se ha suministrado dicha información.

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

c.- El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto.

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

e.- El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado

de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente.

f.- Ahora bien, no cabe considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado - otra cosa es que sea excusable - y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue, de manera que cuando, de entre los distintos remedios que el ordenamiento ofrece, se opta por el que lleva a la anulación del contrato por error vicio, se impone obtener la prueba del mismo, demostrando los hechos externos que llevaron a él, esto es, los datos que permitan deducir si lo hubo o no.

...

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 2015 (recurso de casación 2290/12), los elevados estándares de información que la normativa del Mercado de Valores impone a las entidades financieras, exige que el cliente tenga un correcto conocimiento de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, de forma que los detalles de qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operaciones económicas se asocia el riesgo, no son meras cuestiones de cálculo o accesorias, sino que tienen el carácter de esencial, no bastando para tener por cumplido este deber esencial de información, con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado debidamente, pues como se indica en la ya citada sentencia de 12 de Enero de 2015, en la que se cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de Diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, no puede aceptarse que, una cláusula tipo, pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones contractuales."

QUINTO.- Pues bien, hechas todas las anteriores consideraciones, debemos hacer aplicación de ellas a nuestro supuesto, y como quedó dicho anteriormente ni las circunstancias personales de los actores, ni las circunstancias de la contratación habida avalan la tesis de la demandada, sino todo lo contrario.

La entidad bancaria, sin duda por tratarse de un antiguo empleado suyo y en la convicción de que sería bueno para sus intereses, aconseja la suscripción a los actores, pero soslayando el cumplimiento de la norma que le era exigible por el carácter minorista de los actores, por su desconocimiento del producto complejo y por la ausencia de cualquier supuesto de variación que pudiera ser fácilmente comprensible, pues de haberlo hecho sin duda hubiera primado más la seguridad de su capital que la obtención de un mayor rédito.

Fácil hubiera sido a la demandada hacer estos supuestos para una mejor comprensión por los actores y no existe prueba de ninguna clase que haya dejado acreditado lo anterior, sino todo lo contrario.

Es más la propia entidad demandada quiebra la regulación interna en su propio comportamiento cuando se trata de productos anaranjados (ya es suponer que lo sea), pues lo lógico hubiera sido alcanzar la conclusión de que el producto no era idóneo para el perfil de los actores, y solo en el supuesto de persistir estos en su voluntad hacedles suscribir de su puño y letra la excusa de responsabilidad.

No lo hicieron así y la consecuencia por ello debe ser que el consentimiento prestado está viciado por error, error excusable, que conforme a la sentencia antes transcrita

“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, señalando el art. 1266 CC 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, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC), debiendo ser el error 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.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, inexcusable. 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.

Si bien, como ha venido indicando nuestro Tribunal Supremo en diferentes resoluciones, el incumplimiento por una empresa de inversión de su deber de informar al cliente no profesional, en el ámbito del mercado de valores y de productos y servicios de inversión, no impide que en algún caso dicho cliente conozca la naturaleza y riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, sin embargo tal incumplimiento lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y riesgos asociados, de forma que si bien la ausencia de información adecuada no determina por si la existencia de error si permite presumirlo, como se indicó en sentencias de este Alto Tribunal de 20 de Enero de 2014 (recurso de casación 879/12), y se ha reiterado en resolución de 12 de Enero de 2015 (recurso de casación 2290/12).”

Los efectos de la nulidad decretada conlleva la estimación de la pretensión de restitución de las cosas que hubiesen sido objeto de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, en los términos que señala el artículo 1.303 del Código Civil , de suerte que la demandada deberá restituir a los demandantes la cantidad invertida de 100.000 euros, incrementada con los intereses legales devengados por dicha cantidad desde el día en que se cargó en su cuenta el coste de la suscripción hasta la fecha de esta sentencia. Los demandantes deberán restituir los importes percibidos por intereses, incrementados con los intereses legales desde las respectivas fechas en que se percibieron hasta la fecha de esa sentencia y deberán reintegrar el valor de las acciones obtenidas tras la conversión de estos producto, así como los beneficios derivados de la titularidad de esas acciones que ya han percibido y los que hayan seguido percibiendo hasta la fecha de esta sentencia.

SEXTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la estimación de la demanda procedería su imposición a la demandada, pero aceptamos la existencia de las suficientes dudas de hecho y de derecho por la complejidad de las cuestiones financieras en el momento y según nuestra

realidad social, que nos permiten no consideremos carente de cualquier fundamento la oposición, lo que nos permite la no imposición de costas.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por el procurador don Antonio García Martínez, en nombre y representación de don
S.A. y, en consecuencia, declaro nulo, con la consiguiente restitución recíproca de prestaciones, el contrato u orden de compra de 20 títulos denominados VALORES SANTANDER, orden sin fecha, por importe de CIEN MIL EUROS, que deberán ser restituidas a la parte actora, más sus intereses legales desde la fecha en que se produjo el cargo en la cuenta corriente de los actores de tal orden de compra, debiendo por su parte los actores devolver todas las cantidades percibidas por cualquier concepto por la titularidad dicha, más sus correspondientes intereses legales, y además con devolución de las acciones recibidas producto de la conversión obligatoria más cualquier beneficio o dividendo obtenido, o, caso de haberlas vendido, el producto obtenido con tal venta, sin imposición de costas.

Notifíquese a las partes y hágase saber que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, para ante la Audiencia Provincial de Madrid, dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

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

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dictó, encontrándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, en Madrid, a fecha anterior. Doy fe.