

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA NUM. 5 VALENCIA

Avenida del Saler, 14-3º "Ciudad de la Justicia" (46071-Valencia) TEL: 961929014 - FAX: 961929314

JUICIO ORDINARIO -1451/2016-F

SENTENCIA nº 113

Ilmo. Sr. D. Juan-Francisco Guerra Mora

DEMANDANTE:

Procurador: MANUEL HERNANDEZ SANCHIS
Letrado: Mª Dolores Arlandis Almenar

DEMANDADO: BANCO SANTANDER SA
Procurador:
Letrado: :

En Valencia a 8/05/2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de septiembre de 2.016, se presentó por la representación procesal de y demanda de juicio ordinario contra la entidad BANCO SANTANDER SA., con base en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes y que constan en las actuaciones, interesando que: a) con carácter general, se declare la nulidad, o en su caso anulabilidad, por alguna o todas las siguientes causas: error en el consentimiento de los actos en la suscripción de la orden de compra / contrato de Valores Santander por importe de 300.000 € en fecha 10/09/2007. Así como el posterior canje del producto por acciones de la entidad, por vulneración de normas imperativas por BANCO SANANTADER SA., por dolo omisivo. Todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y condenando a la entidad demandada al pago de intereses legales desde la fecha de la inversión así como los correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda; y, b) subsidiariamente, en supuesto de no estimarse el anterior postulado: declare que por la entidad demandada ha incumplido dolosamente, o cuanto menos, culposamente, las obligaciones de información, diligencia y transparecencia en su relación con los actores; y, en consecuencia, se condene a la demandada al resarcimiento a los demandantes, en concepto de daños y perjuicios, de la pérdida económica sufrida, esto es, 3000 € con sus intereses legales correspondientes; y, todo ello con expresa condena en costas al demandado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada, con emplazamiento para que contestase a la misma en el plazo legalmente establecido, presentándose, escrito de contestación en el que, tras la alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes y que constan en las actuaciones, interesó que se dictase Sentencia por la que se desestime íntegramente la

demanda formulada por la parte actora, acogándose la excepción de caducidad de la acción en su defecto se desestimase la demanda por haber sido informada la parte actora convenientemente sobre las características del producto, habiendo comprendido los riesgos inherentes al mismo.

TERCERO.- El día señalado se celebró' audiencia-previa, a la cual asistieron las partes, proponiendo la prueba que estimaron conforme a sus pretensiones, señalándose fecha de celebración del juicio. El día señalado se celebró el acto del juicio, practicándose la prueba propuesta y admitida y, tras las conclusiones de las partes, las actuaciones quedaron vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Instada por la parte actora demanda por la que solicita la declaración de nulidad del contrato de " Valores Santander " suscrito en fecha 10 de septiembre de 2.007 , aduciendo el incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones de información que se exigen para la comercialización de un producto como el que ahora nos ocupa, que habría llevado a la parte actora a la asunción del contrato con un vicio esencial en el consentimiento y opuesta la parte demandada interponiendo la excepción de caducidad , a la vez que alegaba la existencia de una adecuada información, habrá que convenir que la respuesta a la petición que nos ocupa pasará por analizar por una parte la naturaleza del producto sometido a comercialización para así poder entrar a valorar la información que era exigible, si la que se suministró al cliente fue adecuada al tipo de producto ofertado en aras a poder obtener un consentimiento libre e informado en la contratación del producto y el momento en su caso en que la parte actora pudo ejercitar su acción por tener un perfecto conocimiento de las características y riesgos del contrato.

SEGUNDO- Entrando en la valoración de la naturaleza del producto, como paso previo para determinar la información que sería exigible y la procedencia de la excepción de caducidad, habrá que efectuar las siguientes observaciones:

A) Se está adquiriendo un producto que conlleva el nacimiento de una obligación de conversión del producto en acciones del Banco Santander, pues, tal y como recoge el "Tríptico" publicado por el "Banco Santander S. A.", la emisión de este producto surge con la finalidad de financiar la Oferta Pública de Adquisición sobre "ABN Amro" por parte del consorcio formado por "Banco Santander", "Royal Bank of Scotland" y "Fortis", siendo consecuencia de ello que el comportamiento y la rentabilidad de los Valores se encontraban vinculados al desenlace de la operación, pudiendo darse dos escenarios:

1-Que el consorcio cerrara la adquisición de "ABN Amro", en cuyo caso los efectos serían:

A- los Valores proporcionarían una remuneración no asegurada, quedando como facultad del banco si realiza el pago de intereses, del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) hasta el 4 de octubre de 2008 y de Euribor más 2,75 % a partir de esa fecha y hasta el quinto aniversario.

B- La remuneración, si la hubiera, se pagaría por trimestres vencidos.

C- Existen diferentes momentos en los que el inversor podría decidir convertir estos valores en acciones del Banco Santander (el canje será obligatorio si la emisión llegara a su quinto aniversario).

D- Al realizarse la conversión, el precio al que el inversor "pagará" estas acciones será un 116% superior al precio que estas tengan en el mercado en una fecha

determinada (es la denominada "prima de conversión").

2- Que el consorcio finalmente no adquiriera el banco holandés, el funcionamiento de los "Valores" sería similar al de un valor de renta fija con vencimiento a un año, con una remuneración del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) y amortización en efectivo.

Así las cosas se hace evidente que los "Valores Convertibles Santander" eran un producto financiero con vencimiento definitivo el día 4 de octubre de 2012, cuya naturaleza era la de una obligación necesariamente convertible en acciones del Banco Santander a un precio fijado en su contratación, en septiembre de 2007. Derivándose de ello que el cliente no estaba contratando un bono simple con el que se generaba el derecho a obtener de forma necesaria un 7,5% de interés TAE fijo y después un Euribor más 2,75%, como parecía reflejar su publicidad, sino un bono que llevaba inherente la obligación de ser convertido a su vencimiento en acciones del banco Santander, con lo que el cliente estaba asumiendo no solo el riesgo de la Bolsa (invertir en acciones del Banco Santander), sino el riesgo de invertir en bolsa sin saber las condiciones que iban a estar vigentes cuando se produjera la final adquisición de acciones, con lo que se limitaba sustancialmente sus posibilidades de conocimiento de las condiciones económicas de la inversión, aumentándose sustancialmente el riesgo, sin un incremento acorde de las posibilidades de rentabilidad.

B) Se trata de un negocio jurídico que debe ser calificado como complejoatenor del art. 79 bis 8. a de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, en cuanto el mismo establece que:

"No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

i) ***los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables***so que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas"

Siendo que en el caso que nos ocupa se produce una vinculación entre la compra del bono y la adquisición de las acciones del Banco de Santander, de modo que caso de efectuarse la compra del banco por la entidad emisora el cliente deberá soportar la conversión en acciones de los bonos. Lo que lleva a adquirir a tal producto la naturaleza de complejo.

c) **El demandante, a los efectos prevenidos en el artículo Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe calificarse como cliente minorista,** en la medida en que si atendemos al punto cuarto del artículo 78 bis de la Ley anteriormente referida, comprobaremos que la misma distingue entre clientes profesionales y minoristas, efectuando la delimitación en base a los siguientes criterios:

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. No obstante, en ningún caso se considerará que los clientes que soliciten ser tratados como profesionales poseen unos conocimientos y una experiencia del mercado comparables a las categorías de clientes profesionales enumeradas en las letras a) a d) de este apartado

No siendo necesario incidir en como la parte actora no reúne las condiciones expresadas en el citado artículo para poder ser calificada como inversora profesional, pues no forma parte de las personas jurídicas descritas ni siquiera se ha alegado que como persona física haya expresado su renuncia a ser tratado como cliente minorista. Expresando por su parte el punto cuarto del precepto anteriormente referido que:

“4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales. ”

Por lo que forzosamente habrá que concluir que nos encontramos ante un cliente minorista. Más cuando no se ha acreditado que se trate de una persona por cuya actividad financiera haya de presumirse la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Muy al contrario lo que trasluce de la testifical y pericial practicada es que se

trata de un cliente que hasta el año 2.007 no había invertido en ningún producto complejo, no existiendo constancia siquiera constancia de la inversión en acciones en momentos anteriores.

d) **Nos encontramos ante una compra asesorada por la entidad bancaria.** Aseveración que encuentra sustento en la razonado por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2014, que haciéndose eco en la doctrina del TJUE sobre el particular nos dice:

“ Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S. L. (C-604/2011), “la 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 que consiste 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 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE . El art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE 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. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap , realizada por la entidad financiera al cliente inversor “que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público” (apartado 55)”. Y, efectivamente, el propio MANUAL prevé la intervención del Banco en el proceso de toma de decisión sobre la inversión, a medio de un servicio de asesoramiento, consistente en la formulación de recomendaciones personalizadas sobre Productos Financieros a clientes.

No siendo ocioso recordar como en el caso que nos ocupa el empleado que le vendió el producto manifestó en el acto del juicio que se trataba de un cliente captado por la sección de banca comercial que estaba en el banco como cliente desde hacía un mes, desconociendo los productos que podía tener contratado. Dato que unido al hecho de que tal venta se produjera en un momento en que la entidad demandada necesitaba captar líquido para acometer la posible compra de un banco, cuya compra no podía financiarse con dinero propio, lleva a la conclusión de que existió una posición activa del empleado de banca, captando en una única operación 300.000€ para tal fin. Siendo imposible suponer la existencia de una operación limpia y aséptica de ofrecimiento del producto, pues atendida la específica situación que se daba en el banco y la cantidad de papel que llegó a colocarse se hace evidente que existió una posición activa del banco en orden a recomendar a sus clientes la compra de tal producto.

TERCERO- A tenor de estas explicaciones estaremos en posición de entrar a valorar la excepción de caducidad de la acción. Debiendo partir en todo caso de las alegaciones efectuadas por la parte demandada en el sentido que al vender los actores parte del producto con anterioridad al vencimiento, habrían conocido en tal momento el verdadero riesgo del producto, siendo la fecha de la misma la que determinaría el inicio del plazo de caducidad.

En aras a determinar el inicio del plazo de caducidad de la acción acudiremos a la STS de 12 de enero de 2.015, que en relación al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad en la adquisición de productos complejos razonaba:

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil , « [l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que « la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes ».

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

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

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término “consumar” la de « ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico ». 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.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un 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 redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la “consumación del contrato” como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

Ello llevado al caso que nos ocupa significa reconocer como el cliente que adquirió el producto financiero de bonos convertibles en acciones no pudo tener efectivo conocimiento del alcance de su error hasta el momento en que se produjo el canje obligatorio, ya que es en aquel momento en que se produce la fijación del efectivo precio de su adquisición y por ende puede tener constancia de la trascendencia económica de su operación. Todo ello con independencia que pudiera haber vendido parte del producto o pudiera haber pignorado el mismo, pues lo cierto es que si no estaba fijado el precio de la acción no podía tener real conocimiento del impacto económico de la operación y por ende de las obligaciones asumidas.

Por todo lo expuesto, siendo que la demanda está presentada con anterioridad al transcurso de los cuatro años desde la fecha de consumación del contrato, procederá desestimar la excepción de caducidad planteada.

CUARTO- Resuelta la excepción de caducidad planteada procederá entrar a resolver sobre el fondo del asunto, siendo forzoso para tal fin hacer pronunciamiento sobre si por parte de la entidad bancaria se suministro a su cliente, minorista, la información que era necesaria para adoptar una decisión fundada, convenientemente entendida y libre, comenzaremos haciendo remisión a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014 , la cual, en referencia a la información necesaria a suministrar en la adquisición de este tipo de productos y su relevancia para acordar el error nos dice que:

“Según se declaró en la sentencia de 20 enero 2014 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que 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, a la que ya se había referido esta Sala en la sentencia, también del Pleno, de 18 de abril de 2013 , en la que – aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID – se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión.

Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato , de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 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 (art. 79 bis Ley de Mercado de Valores, apartados 2 y 3 y art. 64 del Real Decreto 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia – cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar – y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera – lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad – 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 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor ” que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”. Además, en la sentencia de 20 enero 2014 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia – que va dirigido a la

valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el art. 73 del Real Decreto 217/2008 – de la finalidad del test de idoneidad – que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada – en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el art. 72 del Real Decreto 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la sentencia de 20 enero 2014 , se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
- b) 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, en este caso el swap .
- c) La información – que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 Ley de Mercado de Valores) – 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, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.
- d) 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, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.
- e) En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error

vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo ”.

QUINTO- Por su parte y por lo que se refiere a las condiciones generales en torno al error como vicio del consentimiento la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 argumenta:

“La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. El respeto a la palabra dada (“pacta sunt servanda”) impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación 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 del Código Civil 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, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261. 2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea 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 (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril). El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio,

cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 " y reiterado en sentencias posteriores".

SEXTO- La cuestión suscitada en el presente procedimiento versa en relación precontractual o previa a la perfección del contrato, para lo cual deberemos efectuar las siguientes puntualizaciones

1- La orden de suscripción de valores sobre la que versa el presente procedimiento, tenía por objeto la adquisición de " Valores Santander " por un nominal total de 300.000 euros.los cuales, como se ha dicho con anterioridad, tenían la naturaleza de producto complejo, en cuanto se incluirían en la categoría de "instrumentos financieros derivados" y por ello se califican en la Ley de Mercado de Valores (arts. 2. 2 y 79 bis, apartado 8), en coherencia con la Directiva 2004/39 , como "productos complejos" por contraposición a los "no complejos" (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013). Abundando en este sentido el hecho de que la propia entidad demandada, en la hoja de suscripción de los valores ("Producto Amarillo") haga constar, que se trata de un producto " con complejidades y riesgos ". Reiterando como la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores en su informe de 25 de marzo de 2015 lo ha reconocido como tal.

2) Con independencia de la fecha de entrada en vigor de la normativa MIFID, la entidad demandada venía obligada a observar una notoria diligencia a la hora de informar a su cliente sobre el producto financiero que estaba adquiriendo, como recordaba la

sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 al argumentar que: "

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la trasposición de la Directiva Mifid, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da 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".

En este sentido recordar como el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, que ya de inicio introdujo ciertas exigencias para la comercialización de productos con cierto riesgo como el presente, imponiendo a las empresas titulares de servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios.

Por su parte el Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, aún mas, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva " (art. 5.3). Aumentándose las exigencias con Ley 47/2.007 de 19 de diciembre , por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, como consecuencia de trasponer la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7). Debiendo interpretar por tal evolución legislativa que el deber de hacer previa valoración del cliente, ajustando la oferta a las especiales características que concurren en cada uno de ellos a la hora de proponer la venta de un producto financiero de riesgo no es de reciente introducción, sino que existía desde al menos 1993, constituyendo la reforma del año 2.007 una concreción de los deberes impuestos en la normativa anterior, que concreta las actuaciones que debe llevar a cabo el comercializador de productos financieros antes de posibilitar la adquisición de tal producto.

Haciéndose evidente que la empresa mediadora del producto, en este caso BANCO SANTANDER SA, tenía la obligación de asesorar fielmente a su cliente, haciendo una valoración de su perfil y ofreciéndole exclusivamente productos que se adecuaban al nivel de riesgos que es capaz de comprender y asumir un cliente con los conocimientos

económicos o financieros como el que tenía delante.

Abundando en el mismo sentido la sentencia del TS 14 de noviembre de 2005 , que, en relación a un caso anterior a la entrada en vigor de la citada directiva, ya decía que la diligencia exigible en el asesoramiento de este tipo de productos no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. Lo que necesariamente conlleva dar información cumplida del riesgo que se asume, haciendo al cliente las recomendaciones que se adecuen a sus concretas características como sujeto del mercado económico.

Sin dejar de destacar como nos encontramos ante un instrumento normativo tutelador de los intereses del pequeño inversor , tendente a evitar que en ningún caso efectúe una contratación sin tener una información adecuada sobre todos y cada uno de los riesgos que está corriendo. Por ello el precepto a la hora de fijar las obligaciones de las entidades vendedoras de estos productos no se para en exigir que se de una correcta y amplia información sobre el producto suministrado, como exige su punto tercero, sino que dedica el punto cuarto a dejar claro que la actuación de la entidad suministradora del servicio no debe ser formalista dando una información objetiva, que el cliente podría no interpretar correctamente o hacerlo minimizando los riesgos existentes, por lo que añade un posterior punto tendente a garantizar que el cliente no va a asumir más riesgos de los que son propios de su condición de comprador minorista y sus especiales características, exigiendo a la entidad vendedora que recave la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Extendiendo tal deber de diligencia en la información el punto quinto a las empresas que comercialicen productos financieros pero no tengan como función la de asesorar a sus clientes.

3) El actor, como se deja dicho, debe catalogarse como cliente minorista y consumidor.

4) La entidad "Banco Santander S. A." actuó prestando un servicio de asesoramiento financiero, con arreglo a lo dispuesto en el art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE y 52 de la Directiva 2006/73/CE y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 , en la medida en que se trata de un producto que fue recomendado y ofrecido por un comercial de la propia entidad de crédito y de forma personalizada a las actoras, tal y como se razonó con anterioridad.

SÉPTIMO- En materia de información escrita al cliente, el contrato de compra de valores, se integra por el documento titulado "Producto Amarillo" que contiene la orden de suscripción de los valores. Evidentemente, además de que no contiene información específica respecto de los valores, constituye el contrato propiamente dicho, lo que, por tanto y obviamente, excluye su carácter prenegocial.

No se desconoce, sin embargo, que tal documento incluye la siguiente observación: " el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico informativo de la Nota de valores registrada por la Comisión Nacional del Mercado de valores en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor), están a su disposición ".

Sin embargo y con independencia de que el contenido del Tríptico no proporcionaba información clara y precisa, ni sobre la característica esencial para determinar el valor futuro de los activos, ni sobre el riesgo de pérdida del capital invertido por descenso de

la cotización de las acciones en que habrían de convertirse, debe precisarse, primero, que el propio tríptico, en su párrafo final advierte que: " Este tríptico no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere. Se recomienda la lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de valores ". Y ni el Resumen, ni el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) consta que fueran entregados a los clientes. Y, segundo, que el tríptico no lleva fecha, de manera que no es descartable que se hubiere hecho entrega del documento (como ocurre frecuentemente) en la misma en que se suscribe la orden de compra (10 de septiembre de 2.007) y en unidad de acto (es decir, aceptación y firma del contrato y simultánea entrega de la documentación), de modo que de ser así (y no consta lo contrario), tal circunstancia, al tiempo que apercibe del carácter meramente ritual y formalista de la información, excluye la posibilidad de que pueda considerarse información precontractual propiamente dicha, al ser ofrecida al mismo tiempo de la firma del contrato principal y, por ello, sin la suficiente antelación y sin conceder tiempo material para el estudio y análisis de la documentación (ni siquiera para una simple y rápida lectura) y la comprensión de los términos de la misma. Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 septiembre 2014 y 12 enero 2015 , declaran que la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación. Y es que el art. 11 de la Directiva 1993/22 /CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes" y el art. 5 del anexo del Real Decreto 629/1993 , exige que la información sea "clara, correcta, precisa y suficiente" y que la que debe suministrarse a la clientela "sea entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación". Se habría infringido, en definitiva, la obligación de informar a los potenciales clientes al ofertarles el producto, con suficiente antelación respecto de la suscripción del contrato. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014 , señala que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma del contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable. En fin, el propio MANUAL, consigna en cuanto a la "Documentación e información para la comercialización", lo siguiente: " La documentación deberá usarse, en todo caso, de forma que el cliente la tenga a su disposición antes de la adquisición del Producto Financiero de que se trate".

En cualquier caso, tal cláusula tipo que se incluye en la orden de suscripción de los títulos y que constituye una declaración de ciencia del cliente acerca de haber sido informado, carece de valor por sí misma y no exime a la entidad financiera de su obligación de acreditar que ha dado debido cumplimiento a las obligaciones previas de información. Así lo considera la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014 , referida a una cláusula de similar contenido, cuando señala que "la cláusula tipo referida constituye un indicio que el prestamista tiene que corroborar con uno o varios medios de prueba pertinentes" y lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2015 , en los términos siguientes:

" Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato [...] 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”.

Por consiguiente, no puede tenerse por acreditado que se haya facilitado información precontractual documental o escrita al cliente. Más cuando el empleado de banco que vendió el producto nos dice que la información se dio el 10 de septiembre, habiéndose aceptado el expediente por la CNMV unos días después. Lo que unido a las manifestaciones del mismo empleado en el sentido que el cliente no era conocido por el mismo a la hora de contratar por ser un cliente nuevo, que para más INRI por su patrimonio estaba dentro del segmento que minorista conservador, hace llegar a la conclusión de que el producto fue vendido sin saber el comercializador de las concretas circunstancias económicas, de inversión y capacitación que concurrían en la parte compradora. Llevándonos ello a entender que no hubo una información que permitiera conocer a los clientes las concretas características del producto que estaba adquiriendo, llevándole ello a contratar un producto que no se corresponde con el riesgo asumido hasta entonces en las inversiones que había realizado , cuya contratación hay que presumir no se hubiera producido si hubiera sabido los riesgos reales del producto. Más cuando lo cierto era que se fijaba como precio de referencia el de 16€ y lo cierto era que hasta entonces la acción nunca había cotizado en esos términos y de hecho se encontraba en 12,68€ y a la baja en el último mes, por lo que la pérdida era más que probable. Sin que por otra parte conste que se le hubiera informado que el valor de la acción podía desplomarse perdiendo gran parte de su inversión, como desafortunadamente ocurrió.

No pudiendo entenderse que se ha producido información sobre el riesgo real de la evolución del producto cuando se hace una simulación de variación al 20% en un escenario a cinco años, pues de todos es conocido que los ciclos económicos existen y una variación por crisis necesariamente va a afectar al ámbito de cotizaciones en bolsa en más de ese porcentaje. Significando la simulación del 20% referida por el empleado de banca una mera formalidad que no constituía un mecanismo hábil para informar al cliente de una posible pérdida. Amén que la limitación a ese 20% significa una manera indirecta de decir al cliente que una entidad seria y consolidada como el banco emisor difícilmente iba a poder sufrir un detrimento superior, abundando ello en la desinformación del cliente, al ponerle como peor escenario uno que no necesariamente coincidía con aquel que pudiera darse en el supuesto que las cosas fueran mal. Tal y como ocurrió, en que las pérdidas para el cliente fueron superiores al 50%.

OCTAVO- La siguiente pregunta que nos debemos hacer es si el error sufrido era vencible, para lo cual nos remitiremos a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, que en relación a tal punto nos dice que:

“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, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente”.

Abundando en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 , a tenor de la cual:

“El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 de la Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico”.

NOVENO- Se alega por la parte demandada que el comportamiento de la actora posterior a la suscripción de los valores no alegando nada en contra de la suscripción y vendiendo parte de los valores , supondría la concurrencia de actos confirmatorios de la orden de suscripción. Alegando indirectamente la infracción del principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos y de la jurisprudencia que lo sanciona al declararse que no puede oponer la nulidad de un contrato quien lo confirmó con actos posteriores (sentencias del Tribunal Supremo de 23 marzo 1949 , 18 junio 1933 o 11 diciembre 1986), de suerte que devendría de aplicación la doctrina normativa del art. 1313 del Código Civil , según el que la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de

su celebración

Tal pretensión deviene improsperable, pues art. 1311 del Código Civil dispone que se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. Y, como es conocido la llamada doctrina de los actos propios, surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia con el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2000 , recuerda:

“Como ha señalado la reciente sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2000 «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (“nemo potest contra proprium actum venire”), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7. 1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 enero y 24 junio 1996 ; 16 febrero , 19 mayo y 23 julio 1998 ; 30 enero , 3 febrero , 30 marzo y 9 julio 1999)”

. Y, en relación con sus requisitos, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 mayo 2001 , expone:

“... hay que consignar que es principio general de Derecho, que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente (sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990 , 5 de marzo de 1991 , 4 de junio y 30 de diciembre de 1992 , 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993 , 17 de diciembre de 1994 , 31 de enero , 30 de mayo y 30 de octubre de 1995 , 21 de noviembre de 1996 , 4 de enero , 13 de

julio , 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999 , 23 de mayo , 25 de julio y 25 de octubre de 2000 , 27 de febrero y 16 de abril de 2000)".

Las comunicaciones a que se refiere la demandada no son de las que ofrecen noticia extensa acerca de las características y eventuales riesgos del producto (por lo que persistiría el desconocimiento sobre un elemento esencial del contrato) y la percepción de rendimientos, sin deducir queja, objeción o reparo alguno, no puede considerarse como vinculante acto propio, ni entraña acto alguno de confirmación tácita del contrato, pues la jurisprudencia interpretativa del art. 1311 del Código Civil señala que para que se produzca la confirmación tácita es preciso que el acto inequívocamente confirmatorio se realice una vez que se tiene conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta desaparecido (sentencias del Tribunal Supremo 10 abril 1976 , 27 octubre 1980 , 4 julio 1991 , 15 febrero 1995 , 12 noviembre 1996 y 4 octubre 1998). Y la percepción de intereses, (y, con más razón la ausencia de queja o reclamación) no supone el conocimiento de la causa de nulidad , en la medida en que constituye una consecuencia necesaria y propia del contrato que la actora creía haber celebrado.. Ello además de que la confirmación exige ineludiblemente una actividad libre y consciente, con ánimo o voluntad convalidante (sentencias del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1948 y 12 noviembre 1996), que no puede deducirse de la actitud pasiva respecto a recepción de intereses, sin que tampoco quepa inferir de tal hecho la voluntad de renunciar la acción de nulidad del contrato.

Dicho criterio se ha visto corroborado por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 , al señalar que

"La alegación de confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable. La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. Los hechos en que Banco Santander sustenta la alegación de confirmación del contrato son inadecuados para sustentar tal afirmación. La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error".

Siendo extensible tal argumentación a la pignoración o venta de parte del producto, en la medida que si no sabía el verdadero alcance del error difícilmente podría convalidar su declaración de voluntad sin seguir inmerso en el error.

DÉCIMO- En relación a los efectos de la declaración de nulidad, hacer remisión al art. 1303 del Código Civil, el cual dispone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Debiendo ser interpretado tal mandato por la jurisprudencia del TS, entre las que se destaca la sentencia de 24 septiembre 2008, la cual nos dice que: .

“Esta línea jurisprudencial ha declarado que el régimen jurídico que establece el art. 1303 del Código Civil , que configura una suerte de *condictio indebiti* y mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (sentencias de 26 julio 2000 y 13 diciembre 2005) nace de la ley y no necesita petición expresa (sentencias de 24 febrero 1992 , 20 junio 2001 , 11 febrero 2003 , etc.) por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio *iura novit curia* por no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo pedido (sentencias del Tribunal Supremo de 22 noviembre 1983 , 24 febrero 1992 y 13 diciembre 2005)”.

UNDÉCIMO- Conforme al artículo 394 del Código Civil, siendo estimada la demanda formulada por la parte actora, procede imponer a la demandada el pago de las costas derivadas del presente procedimiento.

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por
y contra BANCO SANTANDER SA, declarando nulo el contrato de adquisición de "Valores Convertibles Santander" suscrito por la parte actora y la entidad "Banco Santander S. A." el 10 de septiembre de 2007, condenando a la entidad demandada a reintegrar a la actora la suma de 300.000 euros, más los intereses legales generados desde la fecha de suscripción del contrato. Mientras que por su parte la actora deberá devolver a la sociedad demandada la cantidad percibida en concepto de intereses y dividendos , junto a las acciones recibidas. Así como el importe percibido por la venta de títulos junto a sus intereses legales.

Contra la presente resolución, que no es firme, cabe interponer recurso de apelación, el que conforme al art. 458 de la LEC habrá de tener lugar en el plazo de veinte días desde su notificación, exponiéndose las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna; y, a la par, deberá constituirse el depósito de 50 €, en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones", con las prevenciones legales, en caso contrario, conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

Lo manda y firma, SSª. Doy fe.

El Magistrado-Juez

La Secretaria