

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 2º
TELÉFONO: 96-192-90-13 / **FAX:** 96.192.93.13
N.I.G.: 46250-42-1-2016-0031870

Procedimiento: Procedimiento Ordinario - 001008/2016

Demandante: -----

Procurador: BLASCO MATEU, FCO. JAVIER
Abogado: NAVARRO GARCIA, JAIME

Demandado: BANCO SANTANDER SA

Procurador: DOMINGO BOLUDA, MARIA ISABEL
Abogado:

SENTENCIA núm.148/17

En Valencia, a 6 de junio de 2017

Vistos por mí, Víctor Calatayud Chollet, Magistrado-Juez, actuando en comisión de servicios como refuerzo a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario núm. 1008/2016 promovidos por el procurador de los tribunales D. Javier Blasco Mateo, en representación de -----, dirigida por el letrado D. Jaime Navarro, contra BANCO SANTANDER, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.^a Isabel Domingo Boluda y asistida por el letrado D. Sergio Sánchez Gimeno, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales D. Javier Blasco Mateu, en representación de -----, se presentó el pasado 01 de junio de 2016, en el Decanato de este Partido, escrito con el que promovía juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra Banco Santander, S.A..

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar a los autos la tramitación prevenida para el juicio ordinario de conformidad con el art. 249 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes de la misma Ley Procesal Civil.

TERCERO.- Emplazada en forma la parte demandada, compareció y contestó la demanda dentro de plazo, oponiéndose a las pretensiones de contrario, instando la íntegra desestimación de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Cumplidos los trámites previstos en el art. 414-1 LEC y de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio, señalándose para tal fin el día 31 de marzo de 2017, con el resultado que es de ver en las actuaciones.

QUINTO.- De conformidad con el art. 431 LEC y concordantes, el día 31 de marzo de 2017 se ha celebrado el juicio, con el resultado que obra en acta, registrándose el resultado de la vista en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen con arreglo al art. 187 LEC.

SEXTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, debido a la complejidad del asunto enjuiciado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Con la demanda rectora de estos autos, dirigida contra Banco Santander, S.A., pretende la actora -----, que se declare la nulidad o anulabilidad de las contrataciones o compraventas de Valores Santander y del producto estructurado, o subsidiariamente, que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos. Pretensiones que su fundan en esencia, en que la actora, que tienen contratada la gestión de sus ahorros en el Banco Santander, tras recibir una cantidad importante de dinero, realizó varias contrataciones de productos con el Banco Santander, algunos de ellos del propio Banco Santander. En concreto, el 9 de febrero de 2007 la Sra. ----- - contrató el denominado Producto Estructurado Santander Inmobiliario Global, por importe de 100.000'00 €. También realizó ----- dos órdenes de compra de Valores Santander, una de ellas de fecha desconocida por importe de 10.00'00 €, y a la otra de 1 de octubre de 2007, por un monto de 70.000'00 €. Adquisiciones que hizo la actora desconociendo las características, significado y riesgos de los productos. Y ello por cuanto la información que se recibió de los empleados de la demandada, no fue correcta ni completa, hablándose en todo momento de depósitos similares a plazos fijos, con buena rentabilidad. D.^a ----- efectuó varias cancelaciones del producto Estructurado Santander Inmobiliario Global.

SEGUNDO.- Puesto que la actora insta, con carácter principal, que se declare la nulidad o anulabilidad de los contratos atacados, conviene precisar, que no se está cuestionando la existencia misma del contrato, sino que en realidad la pretensión se funda en el vicio en el consentimiento en habría incurrido la Sra. -----, lo que determinaría la anulabilidad del negocio en cuestión y no su nulidad de pleno derecho; debiendo, por tanto, entenderse que esta última es la acción ejercitada.

TERCERO.- Invocada por la demandada la caducidad de las acciones de nulidad relativa, por el transcurso de plazo de 4 años previsto en el artículo

1301 del Código Civil para el ejercicio de la acción de nulidad, lo cierto es que, esta cuestión ya ha sido resuelta por la sentencia de la sección 5 de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de mayo de 2016 en que se recuerda que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, ... Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, ..., cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", .../... Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil ."

Siendo la única posible fecha a tener en cuenta a los efectos del cómputo de cuatro años respecto de los Valores Santander, no la de compra de los mismos (en 2007) sino la de la conversión voluntaria en acciones de fecha 2 de junio de 2012 (documento 5 de la demanda), resulta que a la fecha de interposición de la demanda (01 de junio de 2016) no había transcurrido el plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1301 del Código Civil.

En cuanto al producto Estructurado Santander Inmobiliario Global, hay que tener presente, que en el escrito de demanda se reconoce que la Sra. ----- efectuó varias cancelaciones parciales, recuperando parte del dinero depositado. Precisamente en el bloque documental 7 adjunto a la demanda, constan las comunicaciones remitidas por Banco Santander a D.^a ----- con ocasión de las referidas cancelaciones anticipadas. Misivas, en cada una de las cuales se hace constar, en negrita, el rendimiento negativo obtenido en cada caso. Rendimientos negativos que ascienden respectivamente a 2.999'50 €, 3.159'55 € y 2.883'67 €. Indicaciones que obviamente debieron poner a la demandada sobre aviso de que el producto no era el que creyó, y de que no gozaba de la seguridad que pensaba. Es obvio que la actora debió advertir que la suma a percibir por las cancelaciones no coincidía con el nominal que en cada una de ellas se cancelaba. Pero es que además, en las comunicaciones aportadas relativas a la cancelaciones anticipadas, se indica que: "El depósito Inmobiliario Tramo I es un depósito financiero atípico sin garantía de devolución del capital depositado. Su rentabilidad está referenciada a la evolución de un conjunto de activos (Barclays Global Real Estate Portfolio (2010). La rentabilidad del depósito depende directamente del comportamiento del Portfolio. En caso de compartimento negativo del Portfolio se generará un rendimiento de capital mobiliario negativo (el Cliente podrá llegar a perder la totalidad del capital invertido)."

Así las cosas y dado que la primera de las antedichas comunicaciones del bloque documental 7, esta datada del 14 de agosto de 2008, es obvio que al

tiempo de la interpelación judicial, la acción de nulidad relativa referente al producto Estructurado Santander Inmobiliario Global estaba caudada.

CUARTO.- Puesto que la parte actora pretende la nulidad por error en el consentimiento del contrato relativo a los Valores Santander, debe aclararse cual sea su naturaleza jurídica, respecto de la quedifieren radicalmente las partes. Así, mientras que la demandada pretende asimilarlo a la mera adquisición de acciones, por su parte, la actora lo tilda de complejo. Siendo esta última interpretación la más acorde a las características del producto, pues como se indica en la sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 01 de febrero de 2016, "(...) los " Valores Santander" se emitieron para financiar la operación de adquisición de la totalidad de las acciones del Banco ABN Amro por parte del Consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis, por lo que la emisión quedó vinculada al éxito de esa operación. El emisor no fue directamente Banco Santander, sino " SANTANDER EMISORA 150, S.A., UNIPERSONAL", de la que Banco Santander era único accionista. Si el consorcio en que participaba Banco Santander no adquiría ABN Amro, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un interés del 7,30 %. En el caso de que se adquiriese ABN Amro (que es lo que sucedió), los valores emitidos se convertirían en "obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander". Es decir, los " Valores Santander" se convertirían primero en obligaciones, devengando un interés anual de 7,30 % el primer año, y el Euribor más 2,75 % los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del Banco el 4 de octubre de 2012. Con anterioridad a esa fecha el inversor podía voluntariamente efectuar el canje los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011, a un valor de conversión determinado desde el inicio, en un 116 % de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles, es decir, por encima de su cotización en aquel momento. Mientras tanto, se trataba de valores subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluidas la deuda subordinada y las participaciones preferentes."

En consecuencia, como también se dice en la antedicha sentencia "(...) los " Valores Santander", necesariamente convertibles en acciones, presentaban una elevada rentabilidad inicial, y una rentabilidad posterior que era variable. El riesgo estribaba en la bajada de valor de las acciones por las que debían canjearse las obligaciones, amén de que el canje ya se estableció que se haría por el 116 % de su cotización inicial. Es decir, existía ya de entrada una pérdida del 16 % del capital invertido, aunque podía resultar compensado en el caso de que las acciones subieran su cotización antes del momento en que se produjera la conversión. El capital no estaba garantizado, y, además, tampoco la remuneración estaba asegurada a partir de la adquisición de ABN Amro, porque Banco Santander podía decidir no pagar y abrir un periodo de canje voluntario, y se preveía que no habría remuneración en ningún caso si no existía beneficio distribible o lo impedía la normativa de recursos propios aplicables al Grupo Santander."

Y es por todo ello que se colige que estamos “(...) ante un instrumento financiero complejo, en el sentido técnico-jurídico de la Ley del Mercado de Valores, -lo que es diferente de ser un producto " complejo" en el sentido usual de la palabra, es decir prolijo, complicado de entender u oscuro, aunque pueda serlo en ambos-, pues se trata de obligaciones convertibles, y como tal instrumento financiero complejo se encuentra por tanto sujeto a dicha normativa (art. 79 bis 8, en relación con el art. 2.2 LMV). El propio Manual de Procedimientos para la venta de productos financieros del Banco de Santander, así lo reconoce (Doc. 18 de la demanda, fol. 8).”

QUINTO.- En tanto que se pretende la concurrencia de error en el consentimiento, resulta de especial trascendencia esclarecer cual sea el perfil inversor de la Sra. -----.

Ciertamente, frente a lo pretendido en el escrito rector de estos autos, y tal y como se señala en la contestación, han sido múltiples las operaciones financieras efectuadas por la demandada antes de suscribir los productos litigiosos, en concreto los siguientes fondos de inversión: a) Bancaja Dinero Plus, por un importe de 10.543'86 € (documento nº 8 de la contestación), b) BBVA Monetario Dinámico II (documento nº 9), Santander Estrategia Inflación (documentos nº 8, 9 y 10), Santander Selección Premier Agua 2 (documento nº 11, Santander Monetario Fondtesoro Renta Fija,(documentos nº 12, 13 y 14), Santander Dividendo Europa,(documentos nº 15 y 16), Santander Tandem 0 30 (documentos nº 17 y 7), Santander Responsabilidad Conservador, (documentos nº 18 y 7), Santander Rendimiento Clase A (documento nº 19), Santander Select Prudente, (documentos nº 20 y 21). A estos fondos de inversión se añade el Producto Estructurado “Deposito Cristal Tarn”: (documentos nº 10 , 7 y 25). La demandante también invirtió 60.000'00 € en el Seguro de Inversión Santander Inversión Dólar Eurostoxx 150 “SIDEX” (documentos nº 10, 7y26). Asimismo adquirió la Sra. -----Participaciones preferentes, como consta en la orden de traspaso aportada como documento nº 27, la orden de venta aportada como documento nº 28, y en la información fiscal aportada como documento nº 6.

Como también se detalla en la contestación, después de suscribir los productos litigiosos, la actora contrató con Banco Santander varios fondos de inversión. En concreto: a) Santander Renta Fija Largo Plazo (documento nº 29 de la contestación), Santander 100 por 100 (documento nº 30), Santander Rendimiento Clase B (documento nº 31), Santander Tesorería (documento nº 32), Santander Grandes Compañías 2018 (documentos nº 33 y 34) , Santander PB Cartera 20 (documento nº 35), Santander Inversión Corto Plazo 58 (documento nº 7),

Así las cosas, resulta evidente que D.^a ----- no tenía aversión al riesgo, puesto que a ningún titular de fondos de inversión se le escapa que estos en función de la evolución de los mercados o de los activos en los que

invierte, el fondo puede tener llegar pérdidas; del mismo modo que es público el valor fluctuante de las acciones. No puede por tanto aceptarse sin más, como se pretende por la parte actora, que el Sr. ----- pueda ser catalogado como de perfil absolutamente conservador.

No obstante, debe tenerse presente, que el mero hecho de haber invertido en fondos de inversión o acciones (cuyo riesgo es notorio y públicamente conocido) no convierte a la actora en un experta en todo tipo de productos de inversión. Tampoco el hecho de que el actor asumiera el riesgo que dicha titularidad suponga, implica que debe aceptar un riesgo no informado de un producto financiero, ya que las características de dichos productos, no son las mismas que las de "Valores Santander", así como su funcionamiento y riesgo.

Y es que la contratación de otros productos de inversión (incluidas también las participaciones preferentes), sin que el banco haya probado que la información que dio al cliente fue la debida, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente. De hecho, en la Sentencia del Tribunal Supremo 102/2016, de 25 de febrero, se concluye "[q]ue los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida." En este sentido, también se arguye en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 02 de diciembre de 2013, que "[l]o realmente trascendente es que a fecha de contratación del producto la parte actora conociese el significado, funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes, como producto complejo y de alto riesgo."

SEXTO.- Aclarada la naturaleza del producto combatido y determinado el perfil inversor de la parte actora, y dado que se reprocha a la entidad demandada no haber entregado la información clara, comprensible, completa sobre el producto a contratar a que estaba obligada, procede concertar los límites de tal obligación.

Pese a que al contrato en cuestión, no le es de aplicación la Ley 47/2007, que traspuso la Directiva MiFID, y que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008.; no obstante debe tenerse en cuenta que la normativa pre- Mifid, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, su artículo 16 y Código de Conducta, ya contenía, las más importantes obligaciones que se recogieron en la Directiva Mifid posterior Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero de 2008. Normativa que establecía que las entidades que ofertan productos de elevada complejidad financiera, deben solicitar de los clientes la información necesaria para su correcta identificación y sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Siendo esa información clara, correcta, precisa y suficiente para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los

riesgos que conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

En concreto en el artículo 16 de la LMV, bajo la rúbrica "Información a la clientela sobre operaciones realizadas", establecía un deber de información con la debida diligencia sobre todas las operaciones de sus clientes; y su Anexo, denominado "Código General de Conducta de los mercados de valores", contenía además unos específicos deberes de actuación en el marco de la operación en el mercado de valores: (i) con imparcialidad y buena fe, prohibiendo a la entidad inducir a la realización de un negocio con el fin exclusivo de obtener el un beneficio propio; (ii) con cuidado y diligencia; (iii) facilitando toda la información disponible al cliente, información que sea 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, etc.

Asimismo, debe quedar claro que los deberes de información por parte de la entidad financiera, como así se dice en la sentencia del Tribunal Supremo 20 de enero de 2014 "(...) responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CCy en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)."

SÉPTIMO.- Siendo los contratos litigiosos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 47/2007, no puede catalogarse a la actora, como se hace en la demanda, como cliente minorista. Y es que es precisamente con la Ley 47/2007, que se introdujo la clasificación de los clientes por las empresas de servicios de inversión en profesionales o minoristas. Y ello con la finalidad de otorgar al cliente minorista el mayor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información. Por contra, de los clientes profesionales pueden presumir las empresas de servicios de inversión la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

Así las cosas, resulta irrelevante si conforme a una legislación posterior la Sra. Suárez merecería o no la consideración de cliente profesional; ya que como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, “[e]n cuanto a la categorización de los clientes, antes de la reforma las entidades tenían que ofrecer un trato homogéneo y cumplir las mismas normas de conducta respecto de todos sus clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran.”

OCTAVO.- En cuanto al error como determinante de la ineficacia pretendida, se ha dicho de forma reiterada por el Tribunal Supremo (por todas la sentencia de 20 de enero de 2014) que:

“La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC , en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (" pacta sunt servanda ") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

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

celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

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

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.”

NOVENO.- Una vez señalados el deber de información al cliente y la normativa reguladora, conviene precisar la medida en que su incumplimiento puede ser determinante en el error que se pretende. Al respecto es sumamente ilustrativa la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo nº385/2014 de 7 de julio, en que se señala que:

“A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista, en la STS nº 840/2013 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, que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

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

2.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.

3.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, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. 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.

5. 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 cuanto 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.”

DÉCIMO.- Efectuadas las anteriores precisiones, procede ya entrar en el examen del actuar de la demandada, y la medida en que cumplió con el

deber impuesto. Y todo ello partiendo de una premisa fundamental, cual es que como se señala en la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, con remisión a la sentencia de esa misma Sala de 9 de mayo de 2012, "(...) la jurisprudencia menor viene determinando que la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quien se ampara en la realidad de dicha información, es decir a la entidad de crédito. Entre otras muchas es de ver la SAP Zaragoza (secc 5) 19-3-2012 ,que sostienen que corresponde a la entidad demandada acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar". (En el mismo sentido SSAP Gijón (secc. 7) 21-11 - 201 , 18-3-2012 , 23-2-2012 , 25-7-2011 ; SSAP Oviedo 7-11-2011 , 21- 2- 2012; SAP Burgos (secc. 3) 7-3-2012 ; SAP León (secc. 2) 5-3-2012 ; SAP Mérida (secc 3) 23-2-2012)." Y es que como también se señala en la sentencia de 20 de marzo de 2014, "[e]sto debe ser puesto en relación con que al cliente no le puede ser exigible la prueba de hechos negativos, siendo primordial que las reglas de la carga de la prueba entren en juego en todas sus vertientes y más concretamente en cuanto a la flexibilidad de las mismas."

UNDÉCIMO.- En el caso concreto enjuiciado, los únicos documentos firmados por la parte actora relativo a la contratación de los Valores Santander, son las orden de compra (de las que se han adjuntado ejemplares tanto al escrito de demanda como el de contestación, en ambos señalados como documentos 2). En una de las en las que no aparece la fecha y está esta rellenada a bolígrafo. En las referidas ordenes no consta descripción alguna del producto a adquirir. Sin embargo, en el apartado "Observaciones", se dice que "el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo declara que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla "Importe Solicitado". Sin embargo, esta mención estereotipada, en modo alguno justifica la prestación de la información a los clientes, pues como se dice por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de enero de 2015, noson relevantes las 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. 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.

En todo caso, no puede pasarse por alto que el testigo D. -----, ha afirmado que entregó el referido Tríptico (folleto) a la actora. Tríptico del que se adjunta al escrito de contestación un ejemplar (documento 53) que no consta firmado.

En cuanto al valor probatorio que deba otorgarse a las declaraciones del testigo, debe tenerse presente que el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de febrero de 2016 dice que: “En este caso, no consta que hubiera esa información previa, más allá de las afirmaciones interesadas de la empleada de la entidad, que no pueden suplir el rastro documental que exige la normativa expuesta y que en este caso brilla por su ausencia; (...)”.

No puede por tanto tenerse por aportado el referido Tríptico.

Tríptico en el que no se advierte del riesgo de pérdida del capital, ni siquiera cuando se dice que es posible que el emisor no pague ninguna remuneración.

Pero es que además, se proporcionan dos ejemplos teóricos de rentabilidad, uno favorable y otro desfavorable, y se señala en este último que "no se pague remuneración en ningún periodo de devengo. Canje y conversión voluntario 19/10/2008. Precio venta acción Santander. €11,5%. TAE: -21,07 %", pero tampoco aquí se hace ninguna referencia a la posible pérdida de capital.

Por otra parte, tras indicarse en el Tríptico que “[l]a Emisión de los Valores ha sido objeto de una nota de valores verificada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores con fecha 1 de septiembre de 2007 (...)”, se dice a párrafo seguido 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 una lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de los valores”. Nota de valores en la que, a diferencia del Tríptico, si se señalan de forma expresa los Factores de Riesgo, y entre ellos el de no percepción de la remuneración, así como la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones. Circunstancia que ya de por sí viene a corroborar la insuficiencia de la información facilitada al actor, incluso en el caso de admitirse que se le entregó el Tríptico, puesto que como se dice en la sentencia 226/2016 de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 06 de mayo, la información del Tríptico debe calificarse de incompleta, sesgada e interesada. Y a mayor abundamiento, como también se concluye en la sentencia 226/2016, la redacción de la nota de valores “(...) es compleja y farragosa e impide hacerse una idea cabal sobre la realidad de la operación.”

Por otra parte, no puede pasarse por alto, que, como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015, "(...) la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios." Obligación de información activa a la que los testigos Sr. -----, pretenden que dieron debido cumplimiento. En todo caso, pese a lo manifestado por los testigos, lo cierto es que esta pretendida información verbal no puede suplir la insuficiencia de la que se dice facilitada documentalmente, tal y como así resulta de la antedicha sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016. Y es que no es lo mismo aclarar o explicar lo expuesto en la documental entregada al cliente, que pretender completarla, subsanando sus omisiones.

De esta forma, la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba, por lo que bien puede colegirse que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos; información que tenía que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato.

DUODÉCIMO.- La falta de prueba bastante respecto de la información facilitada al actor, no queda alterada por el hecho de que la entidad bancaria remitiese una serie de comunicaciones propias de la titularidad del producto, como tampoco por la circunstancia de que la parte demandante haya venido recibiendo los rendimientos propios de la inversión. Y ello, porque tal y como se razona en la sentencia de la sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de julio de 2015, "(...) la sanación del acto anulable, a la que parece referirse la entidad bancaria por razón de tales datos, como dijimos en Sentencia de 25 de junio de 2014 (Pte. Sr. Caruana), "... exige que quien la padece, conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (artículo 1311 del Código Civil) y puede ser de forma expresa o tácita (en esta última vía conforme a la sentencia Tribunal Supremo 21/7/1997 , " cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado ")".

Y al igual que acontecía en el caso examinado en la meritada sentencia de 13 de julio de 2015, "[n]inguno de tales supuestos concurre en este caso, primero por que no existe tal declaración expresa de confirmación o sanación por parte de la parte demandante, y, segundo, porque "en cualquier caso dentro de las expectativas del cliente estaba la consustancial a la recepción de rendimientos, por lo que el hecho de haber recibido las descritas no es óbice a

la conclusión de la existencia del error" (Sentencia 26/06/14 ; Pte. Sra. Martorell), lo que igualmente justifica la recepción sin queja de los documentos bancarios informativos correspondientes a los extractos de la inversión."

DECIMOTERCERO.- A la vista de las circunstancias expuestas en los precedentes fundamentos, resulta que concurren, todos y cada uno de los requisitos requeridos para que el error determine de la nulidad del contrato de adquisición de Valores Santander

Y es que el error producido es esencial, ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, sin que conste que la parte actora tuviera conocimiento de las características y riesgos del producto, por lo que actuó suponiendo que su inversión era segura y que la operación no implicaba riesgo alguno en cuanto a los dividendos ni respecto del capital ; cuando realmente no se les garantizaba el capital, que quedaba sujeto a oscilaciones de mercado.

El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo, no imputable a la parte actora que lo ha sufrido, sino a la parte demandada, pues, la entidad bancaria no ha acreditado que la parte actora fuese experta conocedora del producto y que fuera irrelevante la información a suministrar, ni que le informase de manera conveniente y suficiente sobre la naturaleza, características y riesgos del producto objeto de contratación; incumpliendo con ello el deber de información que pesaba sobre la misma. De este modo, el error no pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. Es más, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016: "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes 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. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre , «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente»."

De igual manera, existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por la parte contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la contratación; que se celebró

únicamente en atención a las ventajas que ofrecía, sin poder contemplar las verdaderas características del producto, ni los riesgos para la inversión.

Con base en lo anteriormente expuesto, procede declarar la nulidad del contrato de suscripción del contrato financiero de Valores Santander, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable al acto. Declaración de nulidad que implica, de conformidad con el artículo 1303 del Código Civil, que las partes deban restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses.

Procede por tanto la condena de la demandada a devolver a la parte actora como principal la cantidad de 70.000'00 € (menos los intereses cobrados por la parte demandante a determinar en ejecución de sentencia y los intereses legales de los mismos, desde su percepción) más el interés legal del importe invertido desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; debiendo la parte actora devolver a la demandada las acciones percibidas por la conversión de los valores, así como las nuevas acciones que hubiera percibido como rendimientos percibidos por las acciones del Banco de Santander percibidas por la conversión de los valores, y también los rendimientos en efectivo generados por las acciones del Banco de Santander percibidas por la conversión de los valores así como las nuevas acciones que hubiera percibido como rendimientos percibidos por las acciones del Banco de Santander.

DECIMOCUARTO.- Declarada la caducidad de la acción de nulidad relativa ejercitada respecto del Producto Estructurado Santander Inmobiliario Global, procede entrar en el examen de la acción de responsabilidad contractual.

Respecto de la posibilidad de reclamar por daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información, debe recordarse la jurisprudencia al respecto, siendo buen ejemplo la sentencia 10 de julio de 2015, en que se dice que:

“En la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del

Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, podía ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del Bono Fortaleza.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que la demandante fuera inversora de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubiera empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que la demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.”

DECIMOQUINTO.- Entiende la demandada que la acción de reclamación de daños y perjuicios, ejercitada en la demanda con carácter subsidiario, habría prescrito de conformidad con lo establecido en el artículo 945 del Código de Comercio, en relación con el artículo 95 del mismo cuerpo legal, que establecen un plazo de prescripción para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, de tres años.

Dicho esto, debe rechazarse la excepción de prescripción, sin necesidad de entrar en la discusión sobre si es de aplicación o no al presente caso el referido artículo 945. Y es que en el propio escrito de contestación tras hacer referencia a las órdenes de cancelación parcial de fechas 12 de agosto de 2008, 19 de noviembre de 2008, y 18 de febrero de 2008, se señala que tras el vencimiento del Producto Estructurado el 3 de septiembre de 2010 entre los meses de septiembre de 2010 y noviembre de 2014, el Banco realizó hasta nueve ingresos a la parte demandante, por un importe total de 2.061'53 €. En concreto: 20'05 €, el 15 de febrero de 2011, 199'24 €, el 18 de julio de 2011,

329'54 €, el 31 de octubre de 2011, 26'09 €, el 9 de enero de 2012, 276'63 €, el 11 de abril de 2012, 87'55 €, el 28 de junio de 2012, 107'05 €, el 15 de febrero de 2013, 613'26 €, el 5 de septiembre de 2013, y 402'12 €, el 31 de enero de 2014.

Resulta por tanto que la actora no pudo conocer el monto concreto al que se elevarían sus pérdidas, al menos hasta el 31 de enero de 2014; con lo que no pudo interponer la demanda hasta esta fecha. De este modo, la acción no habría prescrito, puesto que la demanda se presentó el 01 de junio de 2016.

DECIMOSEXTO.- La acción examinada se funda en el artículo 1.101 del Código Civil, sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual por la demandada, concretamente de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad. Acción respecto de la cual, tiene dicho la Audiencia Provincial de Valencia (por todas la sentencia de la sección 6 del 29 de mayo de 2015) que:

“Esta acción tiene su punto de arranque en el artículo 1.101 CC que establece que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas, lo que supone, como ha señalado la jurisprudencia (vid. SAP Zaragoza, sección 4ª, de 10 de mayo de 2013) la exigencia de un comportamiento diligente en el cumplimiento de las "obligaciones", es decir, no necesariamente de las asignadas por un contrato específico, sino también de las obligaciones legales , ya que el precepto se integra dentro del Título I del Libro IV del CC y, por tanto, trae su causa inmediata del artículo 1089 del mismo texto legal , según el cual las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Se formula una petición de resarcimiento de daños y perjuicios , al amparo del artículo 1.101 CC , sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual por la demandada, concretamente de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad. Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 CC son, según la jurisprudencia, 1.- La preexistencia de una obligación. 2.- Su incumplimiento, debido a culpa o negligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor. 3.- La realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes. 4.- Nexos causal entre aquella conducta y los daños producidos.

La valoración de las pruebas practicadas sobre los hechos que integran esta acción, supone la acreditación del incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales y contractuales, entendiendo por tales las establecidas en las inherentes a la gestión de la orden de compra de las Obligaciones Subordinadas, las establecidas en la LMV y en su normativa de desarrollo y las

derivadas de la condición de emisora y garante, según el contenido del folleto de la emisión.

Por lo tanto lo que sí constituye un punto de partida para la resolución del pleito es que el Banco debía esencialmente facilitar información al cliente de la existencia de algún producto interesante o de que resultaba aconsejable efectuar alguna sustitución de activos y el cliente asumía la decisión de invertir o no, en virtud de los datos e información que se le había facilitado.

Ahora bien, las obligaciones de la parte demandada no quedaban agotadas en la obligación genérica de "facilitar información al cliente sobre el mercado de valores", sino que también deben predicarse respecto del Banco las obligaciones que se desprenden de la normativa reguladora del Mercado de Valores y concretamente, del Título VII de la Ley de Mercado de Valores, que contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada. Se exige al Banco el deber de actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad."

DECIMOSÉPTIMO.- Para dar respuesta a las pretensiones deducidas, resulta indispensable fijar la naturaleza y características del Producto Estructurado Santander Inmobiliario Global, respecto del que se reconoce en el Informe pericial de la demandada, que se trata, como su propio nombre indica, de "un producto estructurado", así como que son "productos complejos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores". No obstante, pretende el perito en su informe, que se trate de productos fáciles de comprender. En todo caso, como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016, "[e]l art. 2 LMV considera productos financieros sujetos a su regulación este tipo de depósitos (en referencia a los denominados depósitos estructurados), incluso con anterioridad a la reforma de dicho precepto por la Ley 47/2007 , puesto que ya calificaba como tales los contratos financieros a plazo que estuvieran referenciados a un subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquidaran y aunque no fueran objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

Por tanto, no son meros depósitos bancarios, ni simples imposiciones a plazo, sino productos estructurados de carácter financiero, sujetos a la normativa del mercado de valores.”

Sea como sea, lo cierto es que este producto estructurado estaba vinculado a la evolución de otro activo, denominado “subyacente”. De esta forma, si la evolución del subyacente era desfavorable, el cliente podría perder todo o parte del capital invertido. Se trata, por tanto, de un producto sin garantía de capital, sujeto a las fluctuaciones del que se denomina en el “ANEXO DESCRIPTIVO BARCLAYS GLOBAL REAL ESTATE INDEX” (documento 3 de la contestación): “Barclays Real Estate (EUR) Index”.

Dicho lo anterior, la realidad es que la documental facilitada a la actora con ocasión de la contratación, y la forma en que se habría facilitado, no es bastante para entender cumplido el elevado estándar exigido al Banco, ni adecuada para que la Sra. ----- pudiera comprender que estaba contratando, ni su funcionamiento y riesgos del producto. Y es que el documento aportado junto a la contestación como documento 4, denominado “CONTRATO DE PRODUCTO ESTRUCTURADO BANCO SANTANDER INMOBILIARIO GLOBAL” es todo menos sencillo de comprender. En este documento se abruma al cliente con una serie de complicadas ecuaciones, con las que determinar el “Importe de la Devolución”, “Importe Principal”, la denominada “Cesta”, o la “valoración del Portfolio”. Además, no se advierte en el contrato de forma clara y relevante de la posibilidad de pérdida del capital. De hecho, la única referencia que se hace a los riesgos de la operación se efectúa en el “ANEXO FUNCIONAMIENTO DE PRODUCTO FINANCIERO ESTRUCTURADO BANCO SANTANDER INMOBILIARIO GLOBAL”, en el que tras fijar tres escenarios posibles en función de la evolución de la cesta, a continuación en el apartado “Riesgos para el inversor” se indica que: “El Producto Estructurado Financiero Global tiene plena exposición al comportamiento del Portfolio. En todo caso, el comportamiento negativo o neutral de dicho Portfolio, puede resultar en una pérdida de capital para el cliente (el Cliente puede perder la totalidad del capital invertido).”

No puede pasarse por alto, que la advertencia sobre los “Riesgos para el inversor” no consta en el contrato sino en su anexo. Pero es que además, debe tenerse presente que, como repetidamente se ha recordado por el Tribunal Supremo (por todas las sentencias de 06 de abril de 2017, 30 de marzo de 2017 y 24 de marzo de 2017), “(...) era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos”.

Resulta por tanto que dado que dado que ni el ANEXO DESCRIPTIVO BARCLAYS GLOBAL REAL ESTATE INDEX”, ni el “ANEXO FUNCIONAMIENTO DE PRODUCTO FINANCIERO ESTRUCTURADO BANCO SANTANDER INMOBILIARIO GLOBAL” constan fechados, bien puede colegirse que se entregaron junto al contrato el mismo día de la contratación,

por lo que no es difícil ni aventurado concluir que todos estos documentos no pasaron de ser una mera cobertura formal del contrato, de la información facilitada y de los riesgos que comporta, realizados de forma rápida, rutinaria y sin ningún tipo de atención especial..

En definitiva, a la vista de las anteriores circunstancias, debe colegirse que la información que se aportó a la actora en relación a la suscripción del Producto Estructurado Santander Inmobiliario Global, fue insuficiente, pues no consta que la actora conociese las concretas características y riesgos del producto en cuestión, ni tampoco que la demandada, cumpliera con la obligación de facilitar la información de forma activa (a que se refieren las sentencias del Tribunal Supremo núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015), ni con la suficiente antelación.

Puede por tanto concluirse, a la vista de cuanto se ha expuesto, que la entidad demandada no cumplió el estándar de diligencia e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores).. Este incumplimiento de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida. Concurriendo asimismo el resto de los requisitos de la acción que sirve de base a la petición indemnizatoria de la actora, pues, ha sufrido un perjuicio económico real, y se produce el nexo causal entre la conducta de la entidad demandada, y los daños producidos a la actora.

Procede por tanto la condena a la demandada a abonar en concepto de indemnización, a favor de la parte demandante la suma de 18.751'82 €. Suna resultante de detracer de los 100.000'00 € invertidos: a) los importes obtenidos con las cancelaciones parciales, respectivamente 32.000'50 €, 19.610'45 € y 11.903'83 €, b) los 15.671'89 € restituidos por la demandada al vencimiento de la inversión, y c) los 1.659'41 € que totalizan los nueve ingresos efectuados por la parte demandante a la demandada entre los meses de septiembre de 2010 y noviembre de 2014.

En cuanto al devengo de intereses respecto de la acción resarcitoria, se dice en la sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia SAP de 14 de julio de 2016 ., que: "No procede tampoco aplicar a la cantidad invertida el interés legal del dinero desde la fecha de la inversión porque no estamos ante un efecto legal de una declaración de nulidad del negocio, por lo que no cabe aplicar el art. 1303, CC . Sólo proceden los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1100 y 1108, ambos del Código Civil . En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 2 de marzo de 2016, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1106/15 : "La acción entablada no tiende a restituir las prestaciones para lograr o reponer el equilibrio al momento del

contrato, sino que la estimación de la acción debe fijar el daño y perjuicio y como ello se recoge en la sentencia pero aplicando los parámetros fijados en la propia demanda, (...) los intereses de tal cantidad liquida juegan desde la interpelación judicial".

DECIMOCTAVO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, las costas procesales se imponen a la parte demandada al ser estimadas las pretensiones de la actora en lo sustancial.

FALLO:

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por el procurador de los tribunales D. Javier Blasco Mateo, en representación de D.^a -----, dirigida por el letrado D. Jaime Navarro, contra BANCO SANTANDER, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.^a Isabel Domingo Boluda:

1.- Declarando nulos los contratos de adquisición de " Valores Convertibles Santander" suscritos por la actora y la entidad "Banco Santander S.A." , condenando a la entidad demandada a devolver a la parte actora como principal la cantidad de 70.000'00 € (menos los intereses cobrados por la parte demandante a determinar en ejecución de sentencia y los intereses legales de los mismos, desde su percepción) más el interés legal del importe invertido desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; debiendo la parte actora devolver a la demandada, las acciones percibidas por la conversión de los valores, así como las nuevas acciones que hubiera percibido como rendimientos percibidos por las acciones del Banco de Santander percibidas por la conversión de los valores, y también los rendimientos en efectivo generados por las acciones del Banco de Santander percibidas por la conversión de los valores así como las nuevas acciones que hubiera percibido como rendimientos percibidos por las acciones del Banco de Santander.

2.- En relación con la contratación del Producto Estructurado Santander Inmobiliario Global, condeno a la entidad demandada a que abone en concepto de indemnización, a favor de la parte demandante, la sumade 18.751'82 €. Cantidad que devengará el interés legal desde la interposición de la demanda.

3.- Condeno en costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en los términos acordados, advirtiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación y, con los requisitos del artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo constituir el depósito exigido por la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se dejará testimonio en los autos, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe, en VALENCIA , a seis de junio de dos mil diecisiete .