

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3
Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357022
Fax: 942357023
Modelo: TX004

Proc.: PROCEDIMIENTO
ORDINARIO
Nº: 0001004/2015
NIC: 3907542120150010818
Materia: Obligaciones
Resolución: Sentencia 000141/2017

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante		DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Demandante		DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Demandante		DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Demandante		DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Demandante		DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Demandado	BANCO SANTANDER S.A.	RAUL VESGA ARRIETA

SENTENCIA Nº 141/2017

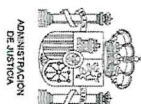
En Santander, a 14 de junio de 2017.

Vistos por mí, Eva Aja Lavín, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santander y su correspondiente partido judicial, los presentes autos de juicio ORDINARIO, registrado con el número 1.004/2015, seguidos en este Juzgado y con el mismo intervención como por el demandante, y representados por el procurador D. Francisco Diego Lavid, y defendidos por el letrado D. Antonio Davide Musumarra, y como parte demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Raúl Vesga Arrieta y defendida por el letrado D. David Fernández de Retana, con arreglo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el procurador D. Francisco Diego Lavid, en la representación que tiene acreditada en autos, se presentó el día 27 de julio de 2.015 demanda de juicio ordinario ante este Juzgado, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en la misma constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando que se dicte sentencia en los términos contenidos en el suplico de demanda.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda por decreto de de de 2.015, en el referido decreto se emplazó a la parte demandada a fin de que se personase y contestase, en su caso, la demanda dentro del término legalmente establecido, todo ello con los apercibimientos legales oportunos.



Por el procurador D. Raúl Vesga Arrieta en nombre y representación de Banco Santander S.A. en fecha de de 2.015 se contestó a la demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente terminó suplicando se desestimase íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO. Por diligencia de ordenación se tuvo por contestada la demandada por el procurador Raúl Vesga Arrieta en nombre y representación de Banco Santander S.A., y se citó a las partes señalando para la celebración de la audiencia previa prevista en los artículos 414 y concordantes de la NLEC el día 10 de diciembre de 2.015, con el resultado que obra en el acta levantada al efecto y que se halla unida a los autos, documentándose asimismo tal actuación en soporte que recoge la imagen y el sonido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 147 y 187 de la NLEC.

CUARTO. No alegadas ni apreciadas de oficio excepción de tipo procesal alguna, se recibió el juicio a prueba proponiendo ambos litigantes aquellos medios probatorios que tuvieron por conveniente para la defensa de sus intereses.

QUINTO. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló como fecha del juicio el día 2 de febrero de 2.017. En dicha fecha no compareció la parte actora y si lo hizo la demandada, por lo que de conformidad con el artículo, se celebró el juicio con las formalidades legales y el resultado que consta en el acta levantada por el Secretario Judicial y que se halla unida a los autos, documentándose asimismo dicha actuación en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y del sonido, tal como previenen los artículos 147 y 187 de la NLEC. Practicadas las pruebas, tras los trámites legales, quedaron los autos vistos para sentencia.

SEXTO. En la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia dada la carga de trabajo existente en el Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte actora ejercita la acción de anulabilidad por error en el consentimiento del contrato de compra de Valores Santander suscrito con la demandada en fecha 20 de septiembre de 2.007, instando la consecuencias jurídicas propias de la citada anulabilidad, consistentes en la devolución de las liquidaciones o saldos abonados por el actor a favor de la demandada una vez descontados los importes satisfechos por esta a aquel. Subsidiariamente ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual de la demandada de las obligaciones derivadas de aquel, y solicita que se le indemnicen por los daños y perjuicio derivados de tal incumplimiento.

La parte demandada se opone a la pretensión de contrario alegando que no ha existido error en el consentimiento de la causante de los actores, quien fue debidamente informada del producto suscrito, y de sus consecuencias, y por

(artículo 78 bis); reitera el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios, e introdujo el artículo 71 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, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79. bis 3, 4 y 7). La nueva regulación también la integra el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, el cual incorpora al ordenamiento español la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, y que establece en nuestro ordenamiento un completo catálogo de normas a seguir por las entidades que prestan servicios de inversión, sustituyendo en amplia medida lo dispuesto anteriormente en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, para establecer un régimen mucho más extenso de información a la clientela, exigiendo la realización de un test o examen de idoneidad o conveniencia antes de la prestación del servicio, así como un régimen de seguimiento para la ejecución de las órdenes de los clientes, distinguiendo al efecto entre el tratamiento -mucho más cuidadoso- que debe darse a los clientes minoristas del conferido a los clientes con perfil inversor profesional.

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 STJUE 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 ".

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 artículo 73 RD 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 mas le convengan, según especifica el artículo 72 del RD 217/2008.

Ciertamente la Directiva 2004/39/CE, conocida como MIFID, acrónimo de *Markets in Financial Instruments Directive*, se incorpora a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19/12, que reformó la LMV al efecto y con el RD 217/2008 y es verdad que ninguna de estas normas habían entrado en vigor al tiempo de suscribirse los VS pero no se puede olvidar la jurisprudencia del TJUE que impone al juez nacional, al aplicar el Derecho nacional, sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, hacer «*todo lo posible*» a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, en esa interpretación «*alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva*».

Así lo proclaman las sentencias de 13/11/1990, *Marleasing*, C-106/89, apartado 8, 16/12/1993, *Wagner Miret*, C-334/92, apartado 20, 14/7/1994, *Faccini Dori*, C-91/92, apartado 26, 27/6/2000, caso *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, apartado 30, 4/7/2006, caso *Adelener*, C-212/04, o 14/1/2010, caso *Zentrale zur Bekämpfung unzulässiger Werbewerbs*, C-304/08, entre otros.

Y esta consideración ha obtenido la sanción de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su STS nº 467/2015, de 21 de julio, que razona que la calificación del cliente como inversor profesional (en este caso minorista) no supone aplicar una norma posterior aún no vigente sino tener en cuenta una realidad relevante, los conocimientos y preparación del actor que, razona la Sala, «*indubitablemente también en la normativa anterior influye*».

Si examinamos la normativa del mercado de valores vigente a la fecha del contrato, sorprende la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el artículo 79 de la LMV, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los 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, el RD 629/1.993 concreto, aun más, 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 adecuada 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 cada operación conlleva" (art.5.3).

Se garantizaba un nivel homogéneo básico de salvaguarda mediante la imposición a las entidades de crédito de unos deberes de orden general que rigen con independencia del tipo de cliente que intervenga en la operación (minorista o profesional) o de la complejidad del producto y que explicita el artículo 79 de la LMV.

Esta previsión normativa desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10/5, por lo que ha de interpretarse conforme a ella, que fija en sus artículos 10 a 12 un «elevado estándar» en las obligaciones de buena fe, prudencia e información por las empresas de inversión a sus clientes.

De otra parte era aplicable el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29/7, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, lo que está en la misma relación con la propia normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación, la Ley 7/1998, de 13-abril.

Como también estaba en vigor el RD 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que incorporaba un Anexo que recogía todo un código general de conducta que obligaba al Santander, conforme su artículo 1, de actuar con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes y de no inducir a la realización de un negocio a un cliente con el fin exclusivo de conseguir el beneficio propio así como, conforme sus artículos 4 y 5, solicitar de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación e información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer – obligación esta incumplida – y suministrarles toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, no menos incumplida en el caso y más teniendo en cuenta que el precepto señala que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y además acompañada de las explicaciones necesarias a fin de evitar malentendidos.

Por otra parte habrá de tenerse en cuenta la jurisprudencia reiterada del TS que desde la sentencia 840/14 de 20 de enero ha venido señalando en sucesivas sentencias como la de 17-6-2014, 7-7-2014, 8-7-2014, que "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 negociada, a la que ya se había referido esta Sala en la STS 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso num. 1979/2011, 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 artículo 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3, art. 64 RD 217/2008).

El artículo 1:201 de los llamados Principios de Derecho Europeo de Contratos (en acrónimo PECL) que dispone como un deber general que cada parte debería actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

Por eso son muchas las resoluciones que han anulado contratos aplicando, e interpretando del modo expresado, la normativa previa a la transposición de la Directiva MIFID, tales como la sentencia de Pleno nº 491/2015, de 15/9, rec. 2095/2012, y las SSTS nº 535/2015, de 15/10, rec. 452/2012, FJ7º, nº 588/2015, de 10/11, rec. 1381/2012, FJ 9º, nº 610/2015, de 30/10, rec. 816/2012, nº 631/2015, de 26/11, rec. 1314/2012, FJ 9º, nº 688/2015, de 4/12, rec. 1468/2012, FJ 13º, nº 689/2015, de 16/12, rec. 2087/2012, FJ 7º, nº 693/2015, de 4/12, rec. 2170/2012, FJ 2º, nº 726/2015, de 22/12, rec. 2657/2012, FJ 7º, nº 742/2015, de 18/12, rec. 2220/2012, FJ 3º, nº 726/2015, de 22/12, rec. 2657/2012, FJ 7º, nº 738/2015 de 30/12, rec. 2317/2013, FJ 6º, nº 742/2015, de 18/12, rec. 2220/2012, FJ 3º, nº 312/2016, de 4/2, rec. 2862/2012, FJ 3º, nº 32/2016, de 4/2, rec. 3134/2012, FJ 3º, nº 154/2016, de 11/3, rec. 3334/2012, o la recentísima nº 496/2016, de 15/7, rec. 547/2013, FJ 5º.

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 STS num. 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, doctrina 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 (...).
3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMN)- 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 suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué 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 (...), 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 presumirlo⁹. (STS de 7 de julio de 2.014).

Criterios que se han visto reiterados en la STS de 17 de junio de 2.016.

Por último añadir por lo que respecta a la carga de la prueba en este tipo de procedimientos según la SAP de Salamanca de fecha 20 de noviembre de 2.013 “corresponderá al actor que invoca la nulidad del contrato probar la certeza de los hechos de los que se desprenda ordinariamente el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de su demanda (...), y al demandado acreditar los hechos que imputan, extingan o enervan la eficacia jurídica de los hechos denunciados por el demandante (aportando el contrato y otros documentos pertinentes para demostrar la existencia de información precontractual y contractual suficiente para el conocimiento y experiencia del cliente en cuestión, así como la testifical de sus directores y empleados para acreditar la existencia de reuniones informativas y la capacidad del cliente para comprender el contrato, todo ello de acuerdo con los deberes legales de información impuestos a las entidades de crédito). Dicho de otra forma, el demandante no puede escudarse en la pretendida complejidad del contrato de permuta financiera y su presunta ignorancia o inexperiencia para trasladar toda la carga de la prueba a la entidad bancaria, sino que tendrá que denunciar el incumplimiento de los deberes legales de información y transparencia, acreditar las

circunstancias de la contratación y su propia inexperiencia como inversor o contratante de productos bancarios y financieros, correspondiendo a la entidad de crédito desvirtuar los hechos y circunstancias denunciadas por el actor aportando los mismos o diferentes medios probatorios”.

Estos criterios jurisprudenciales se han visto reforzados en sentencias del TS así en las dos de 10 de diciembre de 2.015, 10 de noviembre de 2.015, entre otras. En este mismo sentido se ha pronunciado la reciente SAP de Cantabria de fecha 3 de mayo de 2.016, con remisiones a las STS de 4 de abril de 2.016 y 12 de febrero de 2.016, que ha modificado el criterio manteniendo anteriormente en su sentencia de fechas 1 de julio de 2.014, 21 de enero de 2.015, 20 de mayo de 2.015. En la referida sentencia se hace mención a la exigencia de información clara, veraz y cierta por parte de la entidad, al concepto de asesoramiento en los términos indicados, y al error como vicio del consentimiento a valorar conforme a las pautas indicadas por el TS.

Añade además, un análisis del concepto de inversionista del cliente bancario. Y señala partiendo del contenido de la STS de 25 de febrero de 2.016 que “aunque los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares, ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaró el TS en las sentencias 244/13 de 18 de abril, y 769/14 de 12 de enero de 2.015, para la entidad de servicios de inversión 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 que información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. (...) el hecho de tener un patrimonio importante, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en estos casos se diera a los clientes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de una inversión compleja y sin garantías”.

Finalmente, la SAP de Cantabria de fecha 19 de julio de 2.016 ratifica los criterios mantenidos por la sección 4ª en su sentencia 3 de mayo de 2.016.

Finalmente, y en cuanto a la calificación del tipo de producto se debe destacar la STS nº 411/2016, de 17 de junio, que enjuicia obligaciones convertibles, entidades por otra entidad bancaria, y califica las obligaciones necesariamente convertibles en acciones como producto complejo y también arriesgado, lo que incrementa el deber de información de la entidad sobre los riesgos del producto. Así señala que “que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el

conseguinte riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la poste implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión”.

Por su parte la SAP de Cantabria de 19 de julio de 2016 concluye que “los bonos del banco popular y los Valores Santander son productos análogos. Por lo tanto los valores merecen también la calificación de complejos y arriesgados. Consecuentemente con esta calificación es claro que el Banco Santander venía obligado a facilitar previa y adecuadamente información al inversor minorista para que le quede claro que las acciones que va a recibir no tiene por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que puede tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje todo o parte de la inversión”.

CUARTO. Por último, señalar en relación a la existencia de error en el consentimiento que debemos partir de la teoría general de las obligaciones y contratos contenida en el Código Civil, a tenor de la cual para que un contrato sea válido habrá de cumplir los requisitos establecidos en el artículo 1.261 del Código Civil, es decir que tenga objeto, causa y que concorra el consentimiento de los contratantes. Este último elemento puede verse afectado por determinados vicios que lo anulen a los que se refiere el artículo 1.265 del Código Civil, en concreto cuando haya sido prestado por error, violencia, intimidación o dolo. De forma concreta el artículo 1.266 del referido texto legal establece que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. La jurisprudencia a la hora de analizar los requisitos que deben concurrir para que proceda apreciar la concurrencia de error viene estableciendo que: hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta (STS 114/1985 de 18 de febrero, 295/1994 de 29 de marzo, 756/1996 de 28 de septiembre, 434/1997 de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre). 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 - sentencia de 15 de febrero de 1977-.

I. 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.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil 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 - STS de 4 de enero de 1982, 295/1994 de 29 de marzo), esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (artículo 1261.2 del Código Civil). 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.

III. 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 motivos 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.

IV. Como se indicó, 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 - STS de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras-. 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 afectaba a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo 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.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia -STS de 4 de enero de 1982, 756/1996 de 28 de septiembre, 726/2000 de 17 de julio, 315/2009 de 13 de mayo- exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1.266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando 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, contratada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. (STS de 21 de noviembre de 2012, STS de 20 de enero de 2014, 12 de enero de 2015).

QUINTO. Aplicada la citada normativa y jurisprudencia al caso concreto y partiendo de la prueba practicada cabe señalar que en el presente caso la normativa aplicable es la LMV 24/88 y el RD 629/93, y que el deber información exigido en

las misma no se ha visto cumplido por la entidad demandada.

En cuanto al perfil inversor de la madre de los actores, que no debe olvidarse fue quien suscribió la orden de compra y respecto de quien se deberá analizar todo el procedimiento, no cabe duda de que debe ser calificada como minorista, y que aún siendo cierto que con anterioridad y con posterioridad a la compra de este producto habían adquirido acciones del Banco Santander, y de otras entidades, así como suscrito fondos de inversión (doc. 4, 6, 7 a 13 de la contestación), ello no nos puede llevar a calificarla como inversora calificada y arriesgada, pues se desconoce el conocimiento real que la misma tenía sobre los productos contratados, y también el grado de riesgo que derivaban de muchos de ellos como por ejemplo los fondos de inversión. Señalar que en todo caso los valores Santander aunque finalmente se convirtieran en acciones, no es un producto idéntico a estas, sino que presenta toda una serie de características y riesgos propios que lo hacen arriesgado. La entidad demandada nada prueba respecto al carácter inversor de la actora. A ello debemos unir el criterio sentado por la AP de Cantabria en sentencias de 3 de mayo de 2016 y 19 de julio de 2016 en las que considera que no conlleva la condición de inversor arriesgado, ni de experto, el mero hecho de haber tenido inversiones previas si no se prueba que se les informó adecuadamente de las mismas. La más reciente SAP de Cantabria de 15 de noviembre de 2016 respecto de esta cuestión señala que “como expresaron las SSTS 18.4.2013 y 12.1.2015, el hecho de que los clientes hubieran contratado anteriormente productos financieros similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida, o que como dice la STS 3.2.2016, del hecho de que haber participado en fondo de inversión o en la titularidad de una cartera de valores no se puede extraer el perfil de un inversor de riesgo. Como se ha sostenido en la sentencia de esta Sala de 19 de julio de 2016 (con cita de las SSTS de 12 de enero o de 22 de octubre de 2015, entre otras), <<ante supuestos de incumplimiento del deber de información la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de señalar que el hecho de ser una sociedad mercantil, el administrador de la misma, un simple empresario, un licenciado en económicas, un contable, poseer un considerable patrimonio o haber realizado otras inversiones con anterioridad, no son circunstancias que determinen necesariamente que se trate de clientes expertos en inversiones y con conocimientos especializados en productos financieros complejos y arriesgados que permitan excluir la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable”.

Queda probado y no ha sido controvertido por la demandada que la actora adquirió los valores Santander movida por el ofrecimiento de tal producto por parte de los empleados del banco, se le realizó a Dña. [REDACTED] a través de sus hijos, no constando que se les informara de otro tipo de productos. El Sr. [REDACTED] al ser interrogado manifestó que solo estuvo en contacto con los hijos de Dña. [REDACTED] que nunca habló con ella por lo que difícilmente le pudo dar ningún tipo de información. Se puede concluir por tanto, pese a que se niegue por la demandada, que hubo asesoramiento por su parte, en cuanto ofrecimiento directo e individualizado del producto a los hoy actores. Ello le obligaba a la entidad a extremar el deber de informar adecuadamente sobre las características y riesgos del producto. En cuanto al carácter del mismo cabe calificarlo de complejo, pues aún implicando que al final iban a percibir acciones del Banco Santander, se incluían en el tríptico informativo toda una serie de variables dependiendo de si se

llevara a cabo la OPS con éxito o no, distintas posibilidades de canje voluntario en sucesivas fechas anuales los días 4 de octubre de 2008, 09, 10, 11 y la posibilidad de acordar otros canjes voluntarios ante determinadas circunstancias, siempre en base a lo que acordara el Banco, así como la existencia de una valoración del precio de la acción para el momento del canje obligatorio el día 4 de octubre de 2012, que venía prefijado por el banco a la fecha que eligiera para la conversión de los valores en obligaciones y que se dejaba al arbitrio de la entidad. Hecho que además quedó constatado desde el momento en que un principio se fijó el precio del cambio en 16,04€ para finalmente acordar que fuera al precio de 12,96€ (doc. 15 y 16 de la contestación), lo que pone de manifiesto que quedaba totalmente al albur del banco, lo que no consta que se explicase de forma clara en la información remitida a la CNMV, ni que se le comunicase verbalmente a la madre de los actores, pues en este punto las explicaciones dadas por el Sr. [REDACTED] en la vista no fueron claras, ni convincentes. Todas esas cuestiones hacen que los Valores Santander deban considerarse como producto complejo y que el banco estuviera obligado a informar a sus clientes de todos y cada uno de esos extremos. Así como de la posibilidad de sufrir importantes pérdidas si el precio de la acción bajaba, y de la imposibilidad de obtener beneficios con ellas a menos que superaran el 116% del valor de mercado fijado por el banco. En el presente procedimiento la demandada no acredita en absoluto que diera toda esa información a sus clientes con anterioridad a la compra del producto, no consta tampoco que les entregara el tríptico ni a la causante de los actores, ni a estos, no consta que ese documento fuera entregado con antelación a la suscripción de la orden de compra, lo que implica que la mera entrega en ese mismo momento se haberos producido, lo que ya decimos, no consta, no cumpliría tampoco con la normativa aplicable que es el RD 5/2005, de 11 de marzo, que expresamente indicaba que “El folleto contendrá un resumen que de una forma breve y, en un lenguaje no técnico, reflejará las características y los riesgos esenciales asociados al emisor, los posibles garantes y los valores”. Y el artículo 64 RD 217/2008, que señala que debería contener <<una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”. Por lo que respecta al folleto y a la nota de valores, no consta que fueran entregados, pues no existe la más mínima prueba al respecto, pues la mera mención genérica y pre-redactada contenida en la orden de compra de haberlo recibido no puede tenerse como prueba efectiva de esa entrega. Se trata de una cláusula pre-redactada cuyo efecto se neutraliza en base al artículo 89.1 del RDL 1/2007 que considera como abusivas: «Las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios».

Es pertinente traer a colación la STJUE de 18/12/2014, C-449/13, asunto *C4 Consumer Finance SA*, que aclara que la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo (no es aplicable a este caso pero su razonamiento sí que es perfectamente extrapolable) se opone a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva.

Es de ver que las SSTS de la Sala 1ª n° 244/2013, de 18/4, n° 769/2014, de 12/1/2015, rec. 2290/2012, Roj STS 254/2015, FJ 7º6 y n° 397/2015, de 13/7, rec.

2140/2013, STS 3221/2015, FJ 12º, nº 535/2015, de 15/10, rec. 452/2012, STS 4237/2015, FJ 7º, nº 668/2015, de 4/12, rec. 1468/2012, FJ 5º, o nº 331/2016, 19/5, rec. 452/2013, FJ 5º10, enjuiciando casos análogos, rechazan que las menciones genéricas y predispuestas por los Bancos sirvan para tener por cumplidas sus obligaciones.

La normativa que exige un elevado nivel de información resultaría inútil si para cumplir con sus exigencias bastara con la mención de cláusulas estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar información.

Tampoco con la declaración de su empleado se ha logrado acreditar que se proporcionara esa información exhaustiva, debiendo además indicar que los empleados de la entidad bancaria no pueden ser considerados imparciales, al ser o haber sido empleados de la demandada, según señalan las SAP de Cantabria de 3 de mayo de 2016 y de 15 de noviembre de 2016. En este caso el Sr. Hernández indicó que había trabajado para la entidad demandada, y que fue el responsable de la información dada a los hijos de Dña. Susan, que no a ella directamente, pese a que fue quien firmó la orden, por lo que es lógico pensar que en su declaración defendiera y justificara su propia actuación, lo que le hace perder credibilidad. Pero es que además lo que se puso de manifiesto por el mismo es que destacó en la información dada la importante rentabilidad del producto, con la que se podía paliar alguna pérdida improbable, lo que pone de manifiesto que se limitó a informar de los beneficios de los VST y que no puso de manifiesto los importantes riesgos que se asumían. Por lo que respecta a la documentación relativa al producto, consistente en el folleto informativo, la nota de valores y el típico, lo cierto es que describen con un lenguaje tan críptico las características de los VS y de una forma tan casística y con introducción de tantas variables que se hace difícil comprender cuál es el destino real del dinero y los eventuales riesgos de la inversión que se hace. Es cierto que en algunos de sus capítulos se contienen, aunque de forma velada, alusiones a los presumibles peligros de la operación pero son indicaciones inconexas e incompletas que en modo alguno pueden erigirse en esa «información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para el cliente» que consideran exigibles desde la STS de Pleno de 18/4/2013, rec. 1979/2011, hasta la nº 496/2016, de 15/7. La propia SAP de Cantabria nº 218/2016, de 3 de mayo y la de 15 de noviembre de 2016, critica este Tripartito como incompleto.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir que la madre de los demandantes no tuvo un conocimiento real y efectivo de aquello que contrataba, de los riesgos que asumía con esa compra, y que cabe por tanto concluir que concurrió a la hora de prestar su consentimiento error sobre la sustancia real del producto, el cual es claramente excusable ante la falta de información y la falta de la condición de inversora de riesgo de la madre de los demandantes, que hace presumir que no tuvieron conocimiento del producto y sus riesgos. La demandada hace hincapié en que la madre actuó asesorada por sus hijos y en que los mismos tienen muchos conocimientos financieros y en inversiones complejas, pero lo cierto es que respecto a esta afirmación no existe prueba alguna. También sostiene que los hoy actores al tiempo que su madre compararon 3 títulos VST junto a ella y que ese contrato no ha sido objeto de reclamación alguna por su parte, pues bien, es cierto que consta ese otro orden de compra en la que firmaron además de la causante los hoy actores, respecto de la misma indicar que se desconoce que información se les dio y que se reputa irrelevante el que no haya sido objeto de reclamación de anulabilidad por aquellos.

Finalmente, señalar que frente a la alegación de la demandada sobre que los actores habían confirmado su consentimiento al no haber reclamado nada durante largo tiempo mientras percibían intereses, se debe señalar que se trata de otro argumento repetidamente batido por la Sala 1ª del Tribunal Supremo entre otras en SSTs nº 535/2015, rec. 452/2012, nº 588/2015, rec. 1381/2012, nº 613/2015, rec. 885/2012, nº 688/2015, rec. 1468/2012, nº 689/2015, rec. 2087/2012, y nº 744/2015, rec. 2370/2012. Así mismo la SAP de Cantabria de 15 de noviembre de 2016 resuelve en el sentido de señalar que “No concurren los elementos exigidos por el art. 1311 CC para que puedan considerarse tácitamente confirmados los contratos de autos. Si la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte de convalidar el negocio cesada la causa de la anulabilidad y con conocimiento previo de su existencia, el hecho de haber recibido información posterior a la contratación sobre la evolución del producto, la recepción de los intereses o el propio canje del año 2012, resultan, para esta Sala (como ya se dispuso en la sentencia de 28 de septiembre de 2016), inadecuados para alcanzar tal conclusión, <<porque como también indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 4946/2015, “como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato”. El conocimiento del error no se presume y ninguno de los actos antes señalados permiten considerar que se hicieron con pleno conocimiento de la causa de nulidad y determinación de renunciar a aquella”.

SEXTO. Por lo que respecta a los efectos que conlleva desde el punto de vista jurídico la declaración de anulabilidad serán los previstos en el artículo 1.303 del Código Civil, las partes se deben devolver recíprocamente las prestaciones objeto del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses. Ello supone que los actores deberán recuperar el nominal invertido en los Valores Santander de 65.000€, con los intereses legales devengados desde la fecha de la contratación el 20 de septiembre de 2.007 hasta que se proceda a su reintegro. A su vez los actores deberán reintegrar a la demandada los rendimientos percibidos desde la suscripción del contrato, con los intereses legales de los mismos devengados desde la fecha de pago de cada uno de ellos y hasta que se proceda al abono, así como las acciones entregadas con motivo del canje, así como los beneficios, dividendos y nuevos frutos obtenidos como nuevas acciones y dividendos, y en el caso de D. que procedió a la venta de las acciones lo que deberá reintegrar será el importe obtenido con la venta de estas que ascendió a 6.674,41€, más los intereses legales desde la fecha de la venta, lo que deberá determinarse en ejecución de sentencia (artículo 219 de la LEC).

Conviene aclarar que hablamos de cantidades brutas, que no netas, en la línea de lo razonado por la SAP de Madrid nº 40/2014, de 13 de febrero, Sección 10ª, rec. 495/2013, porque el pago del impuesto se refiere estrictamente a la relación entre preferentista (o que vale para el tenedor de VS) y la Hacienda Pública, donde se habrá de liquidar, en su caso, sin que afecte a la restitución de prestaciones y sobre todo porque el Banco no dispone de acción alguna contra la Hacienda Pública.

Es de destacar que la SAP de Cantabria nº 177/2015, de 27 de abril, Sección 4ª, rec. 369/2014, sanciona dicho criterio y se vuelve a reiterar en la de 15 de noviembre de 2.016.

SÉPTIMO. En materia de intereses serán aplicables los intereses procesales del artículo 576 de la LEC.

OCTAVO. En materia de costas será aplicable el artículo 394 de la LEC, por lo que dada la estimación total de la demanda, procederá imponer el pago de las costas a la demandada.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DIPPOSITIVA

Estimar la demanda presentada por el procurador D. Francisco Diego Lavidá en nombre y representación de

1º-Declarar la anulabilidad del contrato de compraventa celebrado en fecha 20 de septiembre de 2.007 por Dña. Santander celebrado en fecha 20 de septiembre de 2.007 por Dña. Santander por error en la prestación del consentimiento derivado de la falta de información por parte del Banco Santander S.A.

2º-Condenar a Banco Santander S.A a devolver a

la cantidad que resulte de la diferencia entre la suma de sesenta y cinco mil euros (65.000€) más los intereses legales devengados desde la fecha de la contratación el 20 de septiembre de 2.007, menos la suma de los intereses brutos percibidos, del importe percibido por la venta de las acciones seis mil seiscientos setenta y cuatro euros con cuarenta y un céntimos de euro (6.674,41€) y sus intereses desde la fecha de la percepción, del importe de los dividendos cobrados tras el canje por acciones, más los intereses legales desde la fecha de percepción de cada uno de ellos.

3º-Condenar a Banco Santander S.A al pago de los intereses en los términos expresos en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución sobre la cantidad que resulte una vez realizadas las operaciones indicadas al punto 2º, en ejecución de sentencia.

4º-Condenar a Banco Santander S.A al pago de las costas del procedimiento.

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, notifíquese esta sentencia a las partes y hágaselas saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACION ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria que, en su caso, se habrá de interponer por escrito con firma de abogado y dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a su notificación, tramitándose de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero.

DEPÓSITO PARA RECURRIR: Conforme establece la ley 1/09 de 3 de noviembre por la que se modifica la LOPJ 1/85 de 1 de julio y se añade la

disposición adicional 1ª para la interposición del referido recurso de apelación la parte recurrente deberá constituir un depósito de 50€.

Librese testimonio de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.

Así por esta sentencia, lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la dictó, habiéndose celebrando en Audiencia Pública en el día de su pronunciamiento, de lo que yo el Secretario, doy fe.

