



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2
GIJON

SENTENCIA: 00030/2017

ORDINARIO

S E N T E N C I A

En Gijón, a nueve de febrero de dos mil diecisiete.

D^a Covadonga Pajín Collada, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario número 483/2016, seguidos ante este Juzgado, como demandante, ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), que actúa en defensa de D.

y D^a ,
con Procurador D. Ramón Blanco González y Letrado D. Óscar Serrano Castells y como demandado, BANCO SANTANDER, S.A., con Procurador D. Abel Celemín Viñuela y Letrado D.

, sobre nulidad de contrato por vicios de consentimiento, resolución contractual por incumplimiento de obligaciones contractuales e indemnización de daños y perjuicios.

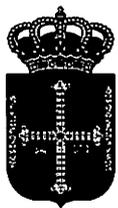
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Procedente de la Oficina de Reparto se recibió en este Juzgado demanda de juicio ordinario presentada por el Procurador D. Ramón Blanco González, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), que actúa en defensa de D. y D^a

contra BANCO SANTANDER, S.A., en la que tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que en la misma constan solicita, que tras los trámites oportunos, se dicte sentencia, estimándola íntegramente, y que contenga los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad del contrato de suscripción de los denominados VALORES SANTANDER, de fecha 4 de octubre de 2007, objeto de este procedimiento. Como consecuencia de esta declaración, se condene a BANCO SANTANDER SA, a la restitución a los Sres. y

, del importe de 500.000 €, cantidad total equivalente a las cantidades aportadas en ejecución de este contrato incrementado con los intereses legales que



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

correspondan desde la fecha de cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de este importe las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos según se expuso en los fundamentos de derecho de esta demanda.

Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de BANCO DE SANTANDER S.A, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de este producto. Como consecuencia de esta declaración, se resuelva el contrato de suscripción de VALORES SANTANDER; y asimismo se condene a BANCO DE SANTANDER SA, a la restitución del importe de **500.000 €**, cantidad total equivalente a las cantidades aportadas en ejecución de este contrato debiéndose compensar de este importe las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos según se expuso en los fundamentos de derecho de esta demanda, incrementado con los intereses legales que correspondan desde la fecha la presente reclamación judicial.

En ambos casos, esta parte procederá a la restitución de las acciones del Banco Santander a la demandada.

2. En cuanto al contrato de suscripción de PARTICIPACIONES PREFERENTES SOS CUÉTARA, interesa al derecho de esta parte que igualmente se declare el incumplimiento por parte de BANCO DE SANTANDER S.A, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de este producto. Como consecuencia de esta declaración, se condene a BANCO DE SANTANDER SA, al pago en concepto de indemnización de daños y perjuicios a los Sres. . . y . . . , del importe de **74.967,84 €** (a razón de 37.483,92 € para cada uno de los contratantes), cantidad equivalente a los perjuicios sufridos, a la que se deberá añadir el interés legal desde la presente reclamación, debiéndose compensar de este importe las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos según se expuso en los fundamentos de derecho de esta demanda.

3- Se condene a BANCO DE SANTANDER SA al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, la parte demandada en plazo legal se personó en debida forma y presentó contestación, oponiéndose a las peticiones de la demanda conforme a la relación de hechos y fundamentos expuestos en su escrito.

TERCERO.- Se acordó convocar a las partes a la correspondiente audiencia previa, la cual se celebró el día fijado. En la citada audiencia, tras intentar alcanzar un acuerdo transaccional, la parte demandante se ratificó en su



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

escrito inicial y la demandada en su escrito de contestación. Resueltas las cuestiones procesales que pudieran obstar a la continuación del proceso y practicadas las demás actuaciones legalmente previstas, se fijaron los hechos sobre los que existe controversia y se concedió a las partes la posibilidad de proponer prueba, admitiéndose las que se consideraron pertinentes y útiles, procediéndose a continuación a señalar fecha para el acto del juicio, en el que se llevaría a cabo la práctica de la prueba admitida.

CUARTO.- El acto del juicio tuvo lugar el día señalado y al mismo concurren las partes personadas. Iniciado el acto se procedió a la práctica de las pruebas por su orden, con el resultado que obra en autos. Practicadas las pruebas se concedió a las partes la palabra a fin de que formularan oralmente sus conclusiones, lo que así hicieron en la forma que queda documentada en los presentes autos, verificado lo cual quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sostienen los demandantes, que en fecha 1 de enero de 2006, suscribieron cada uno de ellos participaciones preferentes de la empresa SOS Cuétara por valor de 50.000 euros cada uno de ellos y el 4 de octubre de 2007, de forma indistinta, 100 títulos de los llamados Valores Santander, por importe de 500.000 euros, con la entidad demandada. Las participaciones preferentes las canjearon por acciones, que fueron vendidas el 29 de agosto de 2012, con una pérdida patrimonial de 74.967,84 euros, mientras que los Valores Santander fueron canjeados por acciones en octubre de 2012, con un valor nominal inferior al nominal invertido. Imputan a la demandada una quiebra del deber de información que ha supuesto en el caso de los Valores Santander la prestación del consentimiento por error al haber contratado ese producto desconociendo en realidad la naturaleza, alcance y consecuencias de lo contratado al no haber suministrado la entidad bancaria demandada información adecuada sobre las características del producto contratado y de los riesgos que suponía, con infracción de la normativa bancaria y de la Ley de mercado de valores, pues desconocían que se trataban de títulos que se convertirían obligatoriamente en acciones al cabo de cinco años con un precio fijado en el momento de la emisión y un descuento adicional del 16%, habida cuenta que los empleados bancarios les aseguraron que el capital estaba totalmente garantizado, tratándose de un producto de renta fija, creyendo tanto en el caso de los Valores Santander como en el supuesto de las participaciones preferentes, que se



trataban de productos semejantes a los bonos del Estado. Subsidiariamente, pretenden la resolución contractual por incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento a cargo de la entidad bancaria y que se declare su responsabilidad por los daños causados por su actitud negligente e incumplidora, por lo que deberá ser condenada a indemnizar a la parte actora los perjuicios causados, debiendo reintegrarle las cantidades perdidas por esa deficiente comercialización y gestión del producto. En cuanto a las participaciones preferentes ejercitan acción de responsabilidad por incumplimiento contractual con indemnización de daños y perjuicios conforme al art. 1101 del Código Civil, partiendo de la existencia de un contrato de asesoramiento y del incumplimiento por la demandada de las obligaciones legales de información sobre sus características y riesgos del producto.

Niega la demandada la existencia de vicio en el consentimiento prestado por la parte actora, además de oponer la caducidad de la acción en cuanto a los Valores Santander, habiendo consentido los demandantes el contrato de forma consciente y válida con pleno conocimiento de lo que contrataban, sin que puedan alegar el error que denuncian a tenor de la documentación, información precontractual y post-contractual que les fue facilitada. Por otra parte, manifiesta que la parte actora conoció desde siempre la evolución del producto, guardando silencio por lo que respecta a este supuesto vicio y causa de nulidad del contrato, habiendo percibido importantes beneficios, que han hecho suyos sin protesta o reserva alguna, con confirmación del negocio. Niegan, asimismo, infracción de la normativa que se cita en la demanda, no siendo aplicable por razones temporales la normativa MiFID, y cuestionan la pretensión que se ejercita de forma subsidiaria en cuanto a los Valores Santander y principal en cuanto a las participaciones preferentes, por ser correcta la información facilitada, habiendo cumplido sus obligaciones como comisionista en virtud del contrato de depósito y administración de valores que le vinculaba con la parte actora, no existiendo entre los litigantes contrato de asesoramiento ni de gestión de cartera de inversión.

SEGUNDO.- Siendo los expuestos, en síntesis, los términos de la cuestión debatida, y dando respuesta en lo que se refiere a los Valores Santander a la excepción alegada relativa a la posible caducidad de la acción de nulidad relativa o anulabilidad por la existencia de un supuesto error en el consentimiento, debe recordarse a este respecto que mientras la nulidad absoluta es definitiva e insubsanable, la anulabilidad, que se produce cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo y que hasta que sea anulado produce todos sus efectos, está sujeta a un plazo de



caducidad de cuatro años, que es el establecido en el art. 1301 del Código Civil. La doctrina del Tribunal Supremo considera que el "dies a quo" para el cómputo de dicho plazo, en los supuestos de error, dolo o falsedad, se comenzará a contar desde el momento de consumación del contrato (así, STS de 11 de junio de 2003), distinguiendo entre perfección y consumación, coincidiendo este último momento con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes o realización de todas las obligaciones (STS 11 de julio de 1984). No obstante, esta doctrina se ha visto matizada en sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, que invoca a su vez la sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015, en la que se hacía una interpretación del art. 1301 del CC, de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, tal como establece el art. 3 del Código Civil, pues en la fecha en que dicho precepto fue redactado, la escasa complejidad que caracterizaba a los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio de consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual, pero ahora en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo, de modo que el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por error.

Es conforme a esta doctrina que considera la demandada que la acción debe de considerarse caducada puesto que los demandantes ya eran conocedores de las características y riesgos del producto en el momento de suscripción de las órdenes de compra, en el mes de septiembre de 2007, siendo asimismo conocedores con las cartas de los meses de octubre y noviembre de 2007, que se trataba de un producto cuyo valor fluctuaba, destinado a convertirse obligatoriamente en acciones del Banco, y que se concretaba en 16,04 euros el precio de la conversión fijado el 17 de octubre de 2007. Asimismo con la información fiscal que les fue facilitada en el año 2008, donde constaba claramente la bajada de valor de Valores Santander, casi hasta el 50% de su precio de adquisición, tuvieron que comprender las características y riesgos del producto adquirido, máxime cuando a partir del año 2008, con ocasión de cada ventana de conversión voluntaria,



los extractos que se les remitían informaban de la opción voluntaria de canje/conversión de "Valores Santander" en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Santander.

Ninguno de los hitos temporales que señala la demandada como aquéllos en que los demandantes necesariamente tuvieron que haberse dado cuenta de la verdadera naturaleza del producto adquirido y del error en que habían incurrido puede ser considerado como tal, pues las dos órdenes de suscripción de los Valores Santander, que se aportan como documentos 33 y 34 de la contestación, no aportan información al respecto, limitándose a consignar como producto adquirido "VALORES SANTANDER", sin que se haga referencia a que se trate de valores convertibles en acciones, mientras que la mención que en el pie de ambas se contiene a la entrega y lectura por los demandantes, antes de la firma de la orden, del Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV el 19 de septiembre de 2007 (doc. 19 de la contestación), en el que efectivamente se describe la naturaleza de los Valores convertibles necesariamente en acciones, y se exponen sus riesgos, debe de valorarse con la conveniente reserva pues los demandantes niegan haberlo recibido.

Por otra parte, la remisión de las comunicaciones a las que se refiere la demandada, tampoco puede servir como momento en el que los actores se percataron de que el producto adquirido se convertiría definitivamente en acciones, pues de las aportadas a autos no se desprende su efectiva recepción ya que ni siquiera en el encabezamiento figuran los demandantes como destinatarios (docs. 20 y 35 a 38 de la contestación).

Tampoco la información fiscal que se acompaña con la contestación (doc. 31), puede servir como elemento esclarecedor a los efectos pretendidos, pues no sólo el empleado del Banco, el Sr. , reconoció que era él quien les realizaba las declaraciones del IRPF, sino que los demandantes durante todos esos años conservaron el producto, hasta la fecha del canje en el que recibieron acciones, percibiendo rendimientos derivados del mismo, lo que pudo inducirles a confusión sobre la naturaleza de los títulos adquiridos. Además, como apunta la SAP Asturias, Sección 6ª de 25-11-2016, si bien la información fiscal puede ilustrar al inversor de la fluctuación del producto, esto nada tiene que ver con el nivel del riesgo potencial del mismo, que como señala el TS en su sentencia de 17-06-2016, en el caso de los bonos necesariamente convertibles en acciones, producto semejante al que ahora se examina, no deriva de la falta de liquidez, sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido, por lo que este conocimiento sólo puede verificarse al tiempo de la liquidación final, lo que lleva



entonces al momento en que se efectuó el canje, circunstancia que fue efectivamente comunicada a la parte actora por carta del mes de septiembre de 2012, que ella misma aporta como documento 12. En esta carta la entidad demandada les informaba que en el quinto aniversario de la emisión de Valores Santander, los valores en circulación se convertirían automáticamente en acciones del Banco Santander, correspondiéndole 385,80 acciones de esa entidad por cada Valor Santander, con un precio de referencia de 12,96 euros, siendo este momento cuando los demandantes tomaron conocimiento de que el producto suscrito se convertiría necesariamente en acciones y del valor que tendrían al momento de la conversión. Así lo declaró su hijo, el Sr.

quien depuso como testigo, por lo que desde esta fecha, que es cuando tomaron conciencia del error cometido, comienza a correr el señalado plazo de caducidad, de modo que, a data de la presentación de la demanda, el 23 de junio de 2016, la acción no había caducado. A lo anterior no son óbice las manifestaciones en el acto del juicio de los testigos que depusieron a instancias de la entidad demandada, D. y D^a, que aseguraron, el primero de ellos, que los demandantes, con ocasión de la proximidad del canje forzoso, recibieron llamada de la Banca Privada unos seis meses antes para comentar con ellos la posibilidad de acudir a un canje voluntario, precisando la segunda que habló con ellos sobre el mes de mayo o junio de 2012, en fecha que no pudo matizar en relación a tal circunstancia, imprecisión de fechas que, por razones de seguridad jurídica y carácter restrictivo de la caducidad, no puede servir para considerar cualquiera de esos momentos como data en la que los demandantes tomaron conciencia del error cometido, a efectos del comienzo del cómputo de cuatro años.

TERCERO.- En cuanto al error en el consentimiento que se alega, deben destacarse como hechos a tener en cuenta que las demandantes, clientes del Banco Santander, suscribieron en el mes de septiembre de 2007 según el Banco; octubre de ese mismo año según la parte actora, lo que viene a coincidir con la que resulta de la información fiscal, las órdenes de compra que se aportan con la contestación. Tal como resulta de los citados documentos, las demandantes suscribieron con su firma dos órdenes de compra, adquiriendo un total de 100 títulos, por importe total de 500.000 euros. En el apartado "Observaciones" de esos documentos se indica que el ordenante ha recibido y leído, antes de la firma de esa orden, el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el resumen y el folleto completo están a su disposición, manifestando que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y sus riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

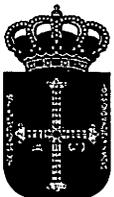
decidido suscribir el importe que se recoge en la casilla "importe solicitado", reconociendo que recibe copia de la orden, que conoce su contenido y trascendencia.

De la lectura del reseñado Tríptico en el que se contienen las condiciones de la emisión de los valores adquiridos, se desprende que la operación quedaba subordinada al éxito de una OPA de la demandada sobre ABN Amor, estableciéndose que si la operación fracasaba se devolvería el capital invertido el día 4 de octubre de 2008, con una remuneración de un 7,30% nominal anual; por el contrario, si la operación culminaba con éxito, los Valores se canjearían por obligaciones convertibles en acciones ordinarias Santander, sin reembolso del nominal, siendo el precio de la acción de un 116 % de su cotización en la fecha de su emisión. Asimismo se recogía la posibilidad de que los días 4 de octubre de cada anualidad se hiciese el canje voluntario de las obligaciones por acciones, siendo aquél obligatorio a su vencimiento, el 4 de octubre de 2012, e igualmente se estipulaba una remuneración de un 7,30% anual, que a partir del 4 de octubre de 2008, sería el Euribor más el 2,75 %.

En consecuencia, estos títulos presentaban una elevada rentabilidad inicial y una rentabilidad posterior que era variable, estribando el riesgo en la bajada de valor de las acciones por las que debían canjearse los títulos, además de existir un canje preestablecido al 116 % de su cotización inicial, lo que se traducía en una pérdida inicial 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.

CUARTO.- Sostiene la parte demandante que no fue suficientemente informada sobre el producto adquirido y que ello motivó un error sobre su naturaleza y alcance, contratando con la firme creencia de que se trataba de un producto semejante a bonos del Estado, sin riesgo para su dinero, por eso cuando la entidad bancaria les dijo que dichos títulos se convertirían en acciones pesaron que se trataba de un error.

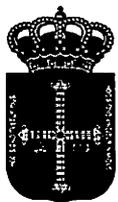
A este respecto debe recordarse el deber de información que corre a cargo de las entidades bancarias, pues como señala la SAP de Asturias, Secc. 5ª de 23 de julio de 2010, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es lograr tanto la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. Y



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



a este respecto por razones de vigencia temporal, suscritas las órdenes de valores en el mes de octubre de 2007, no es de aplicación la normativa prevista en la Directiva MiFID,, que se introduce en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 47/2007 de 21 de Diciembre de modificación de la Ley del Mercado de Valores y mediante 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, por lo que la demandada no venía obligada a efectuar una valoración del perfil inversor de los demandantes, pero en cambio, si es de aplicación la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, en cuyo art. 79 establecía las reglas esenciales del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, estipulando que en su actuación debían, comportarse con diligencia y transparencia, desarrollando una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios, así como el Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registro obligatorios, en cuyo ANEXO, se recoge el "Código general de conducta de los mercados de valores", estableciendo en su art. 5.1 que, las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. En su apartado 3 indica 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 en el apartado 5 señala que, las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.



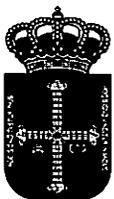
Es en ese marco normativo que debe valorarse la actuación de la demandada. Y así, ya se ha dicho que en el mes de octubre de 2007 los demandantes suscribieron las órdenes de compra litigiosas. En el acto del plenario prestó declaración el empleado bancario que intervino en la comercialización del producto, D. director de la oficina desde el año 2000 hasta el 2011, manifestando que los demandantes eran clientes de la entidad; que estaban interesado en obtener tipos elevados de interés; que se les explicaron los riesgos del producto, con entrega del



tríptico, y se les dijo que era un producto de renta fija a cinco años convertible en acciones del banco a un cambio prefijado; que al tratarse de valores del propio banco era imperceptible el riesgo pues la garantía era el propio banco; que para la comercialización de los Valores Santander, existía un protocolo específico con entrega del tríptico y folleto informativo, no recordando si era o no obligatorio la firma del tríptico. El Sr. , que no intervino en la comercialización de los productos litigiosos, pero si en el canje, señaló que los actores buscaban una buena rentabilidad; que tenían la mayor parte del dinero en preferentes; que no tenían acciones; que eran conocedores de que los Valores Santander eran valores convertibles en acciones, sin haber formulado queja alguna hasta el momento del canje; que Banca privada unos seis meses antes del canje, les llamó, en fecha que la testigo, D^a , empleada de Banca Select, concretó en los meses de mayo o junio de 2012, por si les interesaba acudir al canje voluntario, habiéndoles informado ésta personalmente de todas las circunstancias concurrentes en el canje, siendo sabedores por escrito, al haber recibido el tríptico, de que un Valor Santander equivalía a un número determinado de acciones con un valor determinado, mostrándose sorprendidos por la pérdida de capital.

QUINTO.- Pues bien, siendo ésta la información precontractual facilitada, la misma debe sustentarse o complementarse con la necesaria información documental. Así, en orden a la información contractual de la que dispuso la parte actora en la formación de su voluntad, como ya se ha dicho, los firmantes en el apartado observaciones de las órdenes de valores, reconocen haber recibido con anterioridad al momento de la firma el tríptico informativo sobre la emisión registrado en la CNMV y que conocían y entendían las características y riesgos de los valores que suscribían.

Cierto es que en otras ocasiones este órgano judicial ha dictado sentencia desestimatoria partiendo de esa efectiva entrega del tríptico, pero también lo es que al caso de autos resulta plenamente aplicable la doctrina contenida en la STS de 12 de enero de 2015, aun cuando se estableciera en relación con un contrato diferente, cuando señala que esta mención no se puede considerar suficiente, al tratarse de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, lo que corrobora en sentencia posterior de 1-02-2016, cuando señala que las menciones predispuestas por la entidad bancaria, consistentes en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento, se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional, vacías de contenido real al resultar



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



contradichas por los hechos, y no pueden tener la trascendencia que pretende otorgarle el predisponerte, pues la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si, para cumplir con tales exigencias, bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado adecuadamente.

Si esto es así, negada la recepción del tríptico por la actora, el cual no aparece firmado, las declaraciones de los empleados bancarios por las que pretende acreditarse su entrega resultan insuficientes por la relación de dependencia que les une o ha unido con la entidad bancaria. No obstante, y aun entendiéndose que efectivamente se hubiera producido esa entrega, debe invocarse nuevamente la sentencia dictada por el Tribunal Supremo 17-06-2016, que referida a los bonos del Banco Popular, necesariamente convertibles en acciones, los define como activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio en un número prefijado a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales, pues le ofrecen sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado y lo exponen a parte o a toda la bajada de la acción.

Desde esta descripción no cabe duda que los Valores Santander participan de la naturaleza de este producto, que el TS considera complejo, y se comportan como tal, definiéndolo también de arriesgado pues en el caso de los bonos necesariamente convertibles en acciones 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 consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido.

Por ello concluye que la entidad financiera que los comercializa está obligada a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa y clara de que si bien en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión. Precisa que el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en



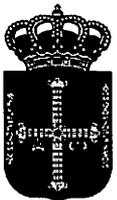


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. Por ello para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Es decir, lo relevante no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja, sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Y esto es lo que ocurre en el caso de autos, la demandada no prueba con total certeza, pese a competérle esa prueba, que la información facilitada hubiera puesto el acento en ese riesgo esencial, pues los empleados bancarios si bien aseguraron que los actores conocían que el producto adquirido se convertiría finalmente en acciones a un precio determinado, no consta les hubiesen informado de que en el momento de la conversión el precio de las acciones que iban a recibir no tenía por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compraron los valores, pudiendo perder todo o parte de la inversión, descartando incluso cualquier riesgo pues se trataba de un producto del propio banco con la garantía de la entidad bancaria, ni tampoco de la mera lectura del tríptico y de los escenarios posibles que en el mismo se dibujan resulta esa posible pérdida de capital en el momento de la conversión.

SEXTO.- En esta tesitura cabe plantearse si concurre el error en el consentimiento que se alega y de ser así si es procedente la anulabilidad que se solicita. Así, para que éste produzca tal efecto tiene que ser esencial y excusable y venir referido al momento de la celebración del contrato, apreciándose su existencia cuando la parte no puede conocer toda la realidad de las circunstancias que rodean el negocio que va a concluir, empleando una diligencia media, por lo que siendo el error un vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta, ha de valorarse teniendo en cuenta las circunstancias de todo tipo concurrentes, y, entre ellas, las propias y subjetivas de quien aduce padeció el error, que al ser un vicio del consentimiento, exige una plena y cumplida prueba de la concurrencia del mismo para que pueda prosperar la acción de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

anulación que en el mismo se funda. Como señalan las sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 20-01-2014, 12-01-2015, 16-09-2015 y 25-02-2016, hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, esto es, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Esto 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, y precisa(STS 8-04-2013) que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse sobre 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 motivos incorporados a la causa.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable, cualidad no mencionada en el artículo 1266, 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, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Como precisa la STS de 17-06-2016, la diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, pues en principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. No obstante lo anterior diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

SÉPTIMO.- Al hilo de todas las circunstancias puestas de manifiesto en relación a la contratación, y trasladando esa doctrina jurisprudencial al caso de autos, la única conclusión posible es que se ha producido un error en el proceso de formación de la voluntad que ha de definirse como esencial pues se produjo sobre la sustancia de lo contratado al desconocer los concretos riesgos de los Valores Santander suscritos por la deficiente información recibida, lo que lleva a la excusabilidad del error debiendo recordarse que la jurisprudencia a la hora de valorar la excusabilidad del error no sólo valora el actuar y circunstancias de quien lo padece,

sino también la actuación del otro contratante cuando aquél obró motivado por la confianza que le infundía, como acontece en el caso de autos puesto que la entidad bancaria desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, mientras que los demandantes no tienen conocimientos específicos en el sector bancario y financiero, a pesar de haber invertido parte de su capital en participaciones preferentes, producto que en todo caso es de distinta naturaleza al que ahora se discute.

A lo anterior no es obstáculo, al amparo de una supuesta confirmación del contrato, que los demandantes pudieran haber obtenido rendimientos, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, no resultando, así, de aplicación la doctrina de los actos propios y los arts. 7.1, 1310, 1311 y 1313 del Código Civil, señalando el TS en sentencia de 9-12-2015, que 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, porque estos actos no tienen carácter inequívoco, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación, confirmando el negocio concertado por error.

OCTAVO.- En consecuencia, declarada la anulabilidad de las órdenes de compra de 2007, lo que hace innecesario pronunciarse sobre la pretensión que de forma subsidiaria se insta, y conlleva la anulabilidad del canje posterior por aplicación de la doctrina de propagación de los efectos de nulidad del contrato hacia los ulteriores conexos (STS 17-06-2010), procede la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia de los contratos, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras muchas), surgiendo tal deber de restitución de la ley, sin necesidad de petición expresa (SSTS. 24-2-92, 20-6-2001 y 11-2-2003), con condena de la demandada a reintegrar a la actora el importe nominal de las órdenes de compra, con los intereses legales que correspondan sobre el nominal invertido devengados durante ese periodo hasta su devolución, previa compensación de las cantidades recibidas por la actora en concepto de rendimientos, recobrando la demandada la titularidad de los

acciones recibidas por esta última como consecuencia del canje.

NOVENO.- En cuanto a las participaciones preferentes SOS CUÉTARA, adquiridas en el año 2006, la parte actora ejercita acción de responsabilidad por incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios conforme al art. 1101 del CC, partiendo de la existencia de un contrato de asesoramiento y del incumplimiento por la demandada de las obligaciones legales de información sobre sus características y riesgos del producto.

La demandada alega la excepción de falta de legitimación pasiva de Banco de Santander, S.A. respecto a las participaciones SOS Cuétara puesto que en la venta de las mismas el banco actuó únicamente como mediador, pero lo cierto es que en la demanda se cuestiona el proceso de contratación en el que intervino la demandada a la que atribuye un déficit de información en el ejercicio de las labores de asesoramiento, discutiéndose la observancia de las obligaciones de la entidad demandada derivadas de tal relación contractual, de lo que resulta su evidente legitimación pasiva en aplicación del art. 10 LEC.

En cuanto a la acción ejercitada, el incumplimiento del deber de información y de asesoramiento adecuados por parte de la entidad financiera emisora y colocadora de un producto financiero de carácter complejo, como lo son las participaciones preferentes, puede suponer un incumplimiento contractual que origine la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. El TS en sentencia de 30-12-2014, referida a un supuesto de compra de participaciones preferentes, y posteriormente en sentencias de 10 y 13 de julio de 2015, señala que conforme al art. 1101 del CC, el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable, siendo el daño la pérdida del capital invertido con la suscripción de las participaciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco, siendo admisible 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.

A este respecto el TS en sentencia de 20-01-2014, declaró que la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no

un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente, pues como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE, define el servicio de asesoramiento en materia de inversión, como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros, precisando el art. 52 Directiva 2006/73/CE, que se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales, sin merecer esta consideración si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un producto (en el supuesto examinado se trataba de 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"*. En el mismo sentido, la STS de 25-02-2016, afirma que para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que las inversiones se incluyan en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera, sino que basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición (en iguales términos, STS 17-06-2016).

Si se aplican tales consideraciones al caso de autos, es circunstancia a tener en cuenta que, tal como reconocieron los testigos D. _____ y D^a _____, los demandantes por el volumen de su capital, que superaba los 500.000 euros, eran clientes de Banca Privada, lo que llevaba implícito un asesoramiento, tal como precisó la segunda, diferenciándose de los clientes incluidos en Banca Select, para volúmenes de capital inferior a 500.000 euros, en que el llamado "Gestor Select" facilita únicamente información comercial. Por ello es posible concluir que la demandada asumió un servicio de asesoramiento financiero y lógico presumir que la iniciativa para la contratación del producto haya surgido de la entidad bancaria y no de la parte actora, que son personas de edad avanzada, con conocimientos académicos prácticamente inexistentes y no probados conocimientos y formación en materia financiera, a pesar de



que fueran ya titulares de participaciones preferentes, respecto de las cuales se desconoce el grado de conocimiento de su naturaleza y el modo en que se desarrolló el proceso de comercialización y compra.

Debe partirse, entonces, de ese previo asesoramiento financiero, entendido como recomendación personalizada al cliente con base en criterios de conveniencia e idoneidad, que implica, por un lado, la valoración de idoneidad del producto para el cliente y por otro, el cumplimiento del deber de información y transparencia en su actuación por la entidad bancaria, que en este caso, por la fecha de contratación del producto, deberá ajustarse a la normativa anterior a la llamada normativa MiFID, siendo aplicable la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en desarrollo de las previsiones en la Ley citada, que establece que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación 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 acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Ninguna prueba ha practicado la demandada sobre la información facilitada en relación a la comercialización de las participaciones preferentes, partiendo de que los demandantes ya eran concedores de cuál era su naturaleza, por ser titulares de otro producto semejante de fecha anterior. No obstante, se desconoce la información que les fue facilitado en el momento de la contratación de ese producto y el conocimiento que de su naturaleza y riesgos poseían para extrapolar tales circunstancias al que ahora se discute. Lo único que se sabe es que los actores adquirieron el producto financiero litigioso, que el mismo, por su naturaleza, tratándose de un producto complejo con elevado riesgo, era claramente inadecuado para los demandantes con marcado perfil conservador, que lo que buscaban era la obtención rendimientos de su capital sin la asunción de mayores riesgos y que la demandada no ha acreditado que les hubiera informado convenientemente de las características del citado producto y de que podía dar lugar a la pérdida del dinero invertido, acudiendo incluso a posteriori a su conversión en acciones para evitar mayores pérdidas, cuando tal posibilidad no estaba





siquiera prevista en la nota de valores de la emisión de participaciones preferentes que la actora niega haber recibido, y que en el caso de haberlo sido, precisaría no sólo de una entrega previa sino además de una explicación adicional para una correcta comprensión a fin de tomar una decisión consciente a la hora de contratar el producto recomendado, que a la postre se reveló inadecuado y no conveniente para la parte actora sin que deba olvidarse, con independencia que se firme o no un contrato de asesoramiento, que las relaciones entre entidades bancarias y clientes se basan en una relación de mutua confianza, y que el cliente atiende habitualmente a las indicaciones del empleado de banca, por lo que si tales indicaciones se dan deberán efectuarse desde la responsabilidad y prudencia necesarias.

En consecuencia, el incumplimiento de la normativa citada, lleva a un déficit de información con vulneración de los deberes de lealtad y diligencia, y a un incumplimiento contractual del artículo 1101 del Código Civil, que es de tal entidad que ha determinado la causación de un daño, en relación causal con dicho incumplimiento, pues los demandantes deseaban un producto seguro y sus riesgos y la entidad bancaria les ofreció y colocó un producto complejo y con riesgo de pérdida de todo el capital, que incluso se convirtió en acciones que no era el tipo de producto que buscaban los demandantes, lo que lleva al éxito de la acción de responsabilidad por incumplimiento contractual, con abono por la demandada de los daños y perjuicios causados que se cifran en el importe de las pérdidas sufridas, por importe de 74.967,84 euros, más intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, en aplicación de los artículos 1100, 1101 y 1108 del CC, sin perjuicio de las compensaciones procedentes por dividendos obtenidos.

DÉCIMO.- De conformidad con el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas se impondrán a la demandada, en virtud del criterio de vencimiento objetivo.

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

F A L L O

Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Ramón Blanco González, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), que actúa en defensa de D. [redacted] y D^a [redacted] contra BANCO SANTANDER, S.A.:



1) debo declarar y declaro la nulidad del contrato de suscripción de los denominados VALORES SANTANDER, de fecha 4 de octubre de 2007, con condena de la entidad demandada a la restitución a los demandantes, del importe de 500.000 €, cantidad total equivalente a las cantidades aportadas en ejecución de este contrato, más los intereses legales que correspondan desde la fecha de su cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar este importe con las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos, con devolución por la parte actora de las acciones recibidas en virtud del canje.

2) debo declarar y declaro que la entidad demandada ha incumplido la obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de las PARTICIPACIONES PREFERENTES SOS CUÉTARA, con condena de la entidad bancaria al pago en concepto de indemnización de daños y perjuicios a los Sres. y del importe de 74.967,84 € (a razón de 37.483,92 € para cada uno de los contratantes), incrementados con el interés legal desde la interposición de la demanda, debiéndose compensar ese importe con las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos.

3) con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante la Audiencia Provincial. Para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

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

E./

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la dictó, estando



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS