



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 2**

Parque Manzanedo s/n
Santoña
Teléfono: 942660893 942662969
Fax.: 942671813
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**

Nº: **0000544/2015**
NIG: 3907941120150001208
Materia: Obligaciones
Resolución: Sentencia 000129/2016

Intervención: Demandante	Interviniente:	Procurador: MARTA SAN ILDEFONSO UGARRIZA
Demandado	BANCO SANTANDER SA	MARÍA SOLEDAD MAZAS REYES

SENTENCIA nº 000129/2016

En Santoña, a 25 de octubre de 2016

Vistos por mí, Dña. María Peña Lobeto , jueza titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Santoña, los presentes autos de Juicio Ordinario registrado en este juzgado con el número 544 /2015 , en que figura como demandante S.L” , representada por la procuradora Dña. Marta Sanildefonso Ugarriza y asistida por la letrada Dña. Gisela Bernaldez Bretón , frente a “BANCO SANTANDER”, representado por la procuradora Dña. Soledad Mazas Reyes y asistido por el letrado D. David Fernández de Retana Gorostizagoiza , sobre nulidad contractual en atención a los siguientes :

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 8 de Julio de 2015 se interpuso demanda por parte de la procuradora Dña. Marta San Ildefonso Ugarriza , en la representación que acredito en que previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que entendió de aplicación termino suplicando al juzgado que dicte sentencia por la que : “ 1) se declare la nulidad de la orden de suscripción número 63.461.175 de valores Santander suscrita por mi representado en fecha 13 de septiembre del 2007 por un importe de 60.000 euros , por carecer de objeto válido y ser nula de pleno derecho , al estar firmada con anterioridad a la aprobación del producto financiero por la CNMV(19 de septiembre de 2007) , y en consecuencia se ordene la restitución mutua del objeto del contrato con el precio y sus intereses , de modo que acuerde la devolución de la cantidad de 60.000 euros invertida más el interés

legal del dinero devengado desde la suscripción , se declare nulo el canje por acciones efectuado en octubre del 2012 , y se conceda como indemnización del daño mora sufrido por la actuación dolosa del banco los 13.462,42 euros de intereses cobrados y de los que se ha beneficiado...

2) subsidiariamente para el caso de que la anterior petición con sea acordada pido al tribunal que se declare la anulación de la orden de suscripción de valores Santander suscrita pro mi representado en fecha de 13 de diciembre del 2007 por un importe de 60.000 euros , al existir un vicio esencial en el consentimiento provocado por la falta de información suficiente en la comercialización del producto , contraviniendo las normas contenidas en el Real Decreto 629/1993 , que provocó la creencia de que lo que firmaba era in producto con una probabilidad del 90% de comportarse como renta fija a plazo de un año , y un 10% de probabilidad de comportarse como una obligación convertible a precio de finalización denla inversión y , por tanto , con capital garantizado , y consecuentemente se proceda a la restitución mutua del objeto del contrato , el precio con los intereses junto con los frutos generados.

3) En todo caso, condenar a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento... ”

SEGUNDO.- Mediante decreto de 1 de octubre de 2015 se admitió a trámite la demanda y se emplazo a la demandada para que contestara lo que hizo en el sentido de oponerse y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que entendió de aplicación terminó suplicando al juzgado la íntegra desestimación de la demanda con condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- Que citadas ambas partes a la audiencia previa, comparecieron y en el curso de la misma se solicitó la apertura del período probatorio, con la proposición de pruebas. Admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló fecha de juicio y comparecidas ambas partes a éste se practicaron aquellas pruebas declaradas pertinentes con el resultado que obra en las actuaciones en soporte de video, quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento, se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: POSICIONES DE LAS PARTES

La actora ejercita al amparo de los artículos 1.265 y 1.300 y ss. del Código Civil, acción dirigida a obtener la nulidad del contrato de compra de valores. Sostiene esta parte que la orden de suscripción debe ser declarada nula de pleno derecho por estar firmada con anterioridad a la aprobación del producto financiero por la CNMV (19 de septiembre de 2007). Subsidiariamente de interesa la anulación de la orden de suscripción por existir un vicio esencial en el consentimiento, debido a la falta de información suficiente ofrecida por la entidad bancaria a la hora de contratar el producto

La parte demandada se opone a su integridad a la pretensión que se ejercita alegando los argumentos siguientes:

1) la orden de suscripción es de fecha 27 de septiembre de 2007 y no de 13 de septiembre, como sostiene la actora, ya que en esa fecha únicamente se firmó un documento de reserva no vinculante a solicitud del demandante , que se interesó por el producto financiero.

2) La orden de compra se firmó tras haber sido debidamente informada la demandante de las características y riesgos del producto , a través de las explicaciones verbales facilitadas por el personal del banco quien ,además, facilito el tríptico informativo y puso a su disposición el folleto explicativo

3) La actora ha hecho suyos los beneficios generados sin mostrar disconformidad , ya que no se reclamo hasta el año 2015

4) En Julio de 2012 la parte actora optó por la conversión voluntaria de los valores en acciones. Incluso firmó un documento en que se describe la operación y sus consecuencias.

SEGUNDO: HECHOS PROBADOS

De la prueba practicada, especialmente de la documental y testificales han quedado acreditados los siguientes hechos probados:

1) "S.L" es una pequeña empresa constituida por D. y su mujer Dña. ,

domiciliada en su propio hogar y destinada a la comercialización al mayor de pescado (folios 466 y ss.) . El administrador de la sociedad es D.

, nacido el 11 de marzo de 1945, quien carece de experiencia y conocimientos en el ámbito financiero.

2) En fecha de 13 de septiembre de 2007 D. firmó por recomendación de D. empleado del Banco Santander , con quien el Sr. tenía una relación de confianza una reserva no vinculante de “VALORES SUBORDINADOS CONVERTIBLES EN ACCIONES SANTANDER” (folio 689).

3) Una vez aprobado el correspondiente folleto por la CNMV “ S.L” suscribió con la entidad bancaria una orden de suscripción en cuya virtud adquirió un total de doce títulos de valores Santander por importe de 60.000 euros. En el anverso del documento de suscripción se hace constar que el demandante manifiesta haber leído el tríptico y que conoce y entiende las características y complejidad de los valores. Sin embargo, tal mención no aparece destacada y , por otro lado, no se hace expresa referencia al riesgo asociado al producto. La referida orden de suscripción se reduce a una cara y no incluye el tríptico firmado por el ordenante.

4) Desde la fecha de la suscripción la entidad ha remitido periódicamente a los actores información relativa al producto suscrito (folio 863 y folios 1082 a 1088).

5) “ S.L” percibió rendimientos anuales procedentes de la inversión de conformidad con sus condiciones generales (folios 878 a 961)

6) El administrador de la sociedad demandante firmo en Julio de 2012 un documento por el cual declaraba conocer las implicaciones que suponía acceder al canje voluntario de los valores por acciones (folio 694), procediendo a hacer efectivo tal canje voluntario.

7) En septiembre de 2012 se produjo la conversión obligatoria de los valores en acciones del banco Santander (folio 255), las cuales generaron rendimientos (folio 880).

TERCERO: LOS VALORES SANTANDER

Los valores controvertidos presentaban diferentes características esenciales en función de si el consorcio llegaba o no a adquirir ABN Amro mediante la OPA. Así, de no llegar a adquirirse a fecha 27 de julio de 2008, los valores serían un valor de renta fija con vencimiento a un año con una remuneración al tipo del 7,30% anual (7,50 % TAE) sobre el valor nominal de los valores, con remuneración trimestral. Por el contrario, de adquirirse ABN Amro antes del 27 de julio de 2007, Banco Santander estaba obligado a emitir obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y en todo caso antes del 27 de julio de 2008. En caso de emitirse estas obligaciones los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles y éstas a su vez eran necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander el 4 de octubre de 2012 (si bien dicha conversión podría también producirse voluntariamente cada año).

A los efectos de conversión en acciones de Banco Santander, las obligaciones necesariamente convertibles se valorarían por su valor nominal y las acciones de Banco Santander al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el consejo de administración o por su delegación la comisión ejecutiva del Banco Santander ejecutase el acuerdo de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles. Desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración la sociedad emisora decidiría si pagaba la remuneración correspondiente a ese periodo o si abría un periodo de canje voluntario. El tipo de interés al que se devengaba la remuneración, en caso de ser declarada, desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles y hasta el 4 de octubre de 2008 sería del 7,30% nominal anual sobre el valor nominal de los valores y a partir del 4 de octubre de 2008 el tipo de interés nominal anual al que se devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería del Euribor más el 2,75%. El rango de los valores una vez emitidas las obligaciones necesariamente convertibles era el de valores subordinados por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados de la sociedad emisora, obligándose la sociedad emisora a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid.

CUARTO.- JURISPRUDENCIA MENOR SOBRE PRETENSIONES ANÁLOGAS A LA PRESENTE, CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO " VALORESSANTANDER"

El producto financiero que suscribió el actor ya ha sido objeto de estudio por multitud de resoluciones judiciales, y en su gran mayoría se han desestimado las pretensiones de nulidad por vicio del consentimiento. Cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, la SAP Jaén sección 3 del 17 de enero de 2014, n° Sentencia: 6/2014 , SAP Madrid sección 10 del 19 de diciembre de 2013,) ; SAP Madrid sección 19 del 07 de noviembre de 2013 , SAP Alicante sección 6 del 04 de diciembre de 2012 n° Sentencia: 565/2012, Recurso: 449/2012 además de otras que se referirán a lo largo de este fundamento. En sentido favorable a la estimación de nulidad puede citarse la SAP de Santa Cruz de Tenerife sección 3 del 24 de enero de 2013), resolución aislada en lo que esta juzgadora conoce. Las resoluciones que cita la parte actora en su demanda no se refieren a este concreto producto, sino a participaciones preferentes.

En estas resoluciones se contienen de forma unánime unas apreciaciones que son extrapoladas a cualquier contratante, pues se realizan partiendo del examen objetivo del producto y las explicaciones contenidas en el tríptico y son por ello aplicables plenamente al presente caso:

1. No es un producto complejo y el tríptico informativo contiene una explicación clara y comprensible de su funcionamiento. En todas las resoluciones se concluye que no es un producto complejo o de difícil comprensión para un inversor medio, pudiendo citarse la SAP Palma Mallorca, sección 5 del 11 de febrero de 2014; la SAP de Alicante sección 8 del 25 de enero de 2013 , o la SAP de Cáceres citada en el anterior fundamento, en la que se dice: "La complejidad del producto financiero controvertido (si es que puede calificarse como un producto complejo) no se encuentra en su funcionamiento, sino en el hecho de que la emisión, de alguna manera, termina convirtiéndose (bien por acudir al canje voluntario, bien por el canje obligatorio llegado el 4 de Octubre de 2.012) en acciones del Banco Santander , sociedad cotizada que opera en Bolsa, de manera que el carácter complejo o de riesgo surge porque una vez asegurada la rentabilidad fija en el primer año y variable

en los demás, lo que termina adquiriendo el actor son acciones de la mercantil emisora, sin que pueda desconocer que el valor de la cotización de acciones de una mercantil, está sometida a los riesgos de volatilidad del mercado, aunque se trate de una empresa con una fuerte implantación en España como uno de los principales grupos del sector bancario"

Con ello queda desmentida la alegación que se realiza en la demanda cuando dice que de haber leído el tríptico "hubiera sido lo mismo pues es tal su complejidad que resulta de imposible comprensión para alguien ajeno a ese mundo". Efectivamente y como subrayan las sentencias referidas, el tríptico informativo que acompaña BS; en el que se describen las características de estos valores, no requiere especiales esfuerzos de comprensión para conocer que el tipo fijo de interés nominal anual del 7,30 % solo se ofrecía hasta el 4 de octubre de 2008. Si a esta fecha no se producía la OPA formulada por BS y otros sobre ABN Amro, se reembolsaba el nominal. Pero si se adquiría esa entidad, esos valores serían necesariamente convertibles por obligaciones a su vez necesariamente convertibles en acciones ordinarias. Se explica que no hay reembolso del nominal en efectivo si se adquiere ABN Amro.

En el tríptico se diferencian con claridad estos dos supuestos, si se adquiere ABN Amro o no, y solo en el primer caso funciona como una renta fija y además a un año, pues en octubre de 2008 necesariamente se amortizaba, En la segunda hipótesis lo que se obtienen son acciones del BS, con unos periodos de canje voluntario hasta uno obligatorio. De la lectura del tríptico, sin necesidad de conocimientos excesivos en la materia, se puede comprender por un usuario medio que el producto puede llegar a suponer que la inversión dineraria se convierta en acciones ordinarias del BS, y es un hecho notorio que las acciones son productos de riesgo que se exponen a oscilaciones del mercado.

2. De la orden de valores y del tríptico no puede colegirse que se pudiera tratar de un depósito a plazo fijo con capital garantizado. La SAP de Cáceres de 12 de febrero de 2014 califica de "inasumible" considerar que esas cláusulas, globalmente interpretadas, conducen a dar por bueno que se trataba de un depósito a interés fijo garantizado del 7,5%. La SAP Huelva sección 2 del 28 de octubre de 2013 (PROV 2013, 347683) nº Recurso: 167/2013 dice: "se observa la hoja de contratación firmada por el actor, que identifica el producto con un código simbólico que al menos pone de manifestó, como su denominación y el contenido del tríptico,

que no se (rata de un depósito a plazo fijo, y en la que éste reconoce haber recibido el tríptico informativo de la nota de valores. Y, a continuación, en la copia de ese tríptico se destaca, en lo que sería la hoja número dos, como ejemplo teórico de rentabilidad, dos supuestos: en uno de ellos, con un TAE de 9,394 %, y en el número dos con un TAE de -21,07 %. De este detalle se deduce, sin género de dudas, que el cliente difícilmente pudo interpretar lo contratado como un depósito a plazo fijo, descartándose así de plano un eventual error, ya sea propio o inducido por el Banco, pues es de sobra sabido que ningún depósito a plazo fijo puede alimentar una pérdida semejante."

Ciertamente la versión de los hechos que se sostiene en la demanda (que se ofreció un producto a plazo fijo, con rentabilidad muy elevada y capital invertido garantizado) en poco se corresponde con el contenido de la orden de suscripción firmada. Estamos ante un documento por una sola cara de fácil lectura, en el que a simple vista aparece reflejado el concepto "suscripción de valores Santander" y un importe de 100.000 euros. No aparece en ningún punto el tipo de interés o el plazo de amortización, que son los dos elementos esenciales de cualquier producto a plazo fijo. Así pues, de la lectura rápida se desprendían datos que ponían de manifiesto que el producto no era un depósito o plazo convencional. Es evidente que las condiciones esenciales de ese producto y su funcionamiento no se desprendían de esa orden, sino que se especificaban en el tríptico, pero desde luego de la orden de firmada en absoluto cabía deducir las características indicadas en la demanda.

3. Aunque el cliente sea minorista, la calificación de este producto como amarillo supone, según el Manual de Procedimientos del Grupo Santander, que puede ser ofrecido a clientes con cierto perfil de riesgo, en atención a la adquisición anterior de los productos financieros de similar complejidad. El perfil inversor del demandante es un dato muy relevante en aras a considerar poco creíble el desconocimiento de lo firmado con la mera lectura de la orden de valores y del tríptico. En todas las resoluciones dictadas en apelación sobre esta cuestión que se han consultado se maneja como dato fundamental el tipo de productos que hubieran sido contratados por el actor, no solo sus conocimientos académicos. (SAP Albacete sección 2 del 18 de febrero de 2014).

QUINTO: NORMATIVA APLICABLE

El art. 1.091 CC establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo cumplirse según su tenor y quedando las partes obligadas no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, sin que en ningún caso el cumplimiento del contrato pueda quedar al arbitrio de una las partes contratantes (Art. 1258 y 1256 CC), contrato que existe desde que una o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (Art. 1254 CC).

El artículo 1.261 del Código Civil requiere como elementos esenciales de los contratos el consentimiento, el objeto y la causa.

El consentimiento es el primer elemento del contrato, suponiendo el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa del mismo, debiendo ser emitido o manifestado voluntariamente, por una persona capaz y debiendo haber una concordancia entre la creencia interna y lo que se manifiesta (arts. 1.261 , 1.262 y 1.263 del Código Civil).

El artículo 1.265 del Código Civil declara "nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", exigiendo el artículo siguiente que, "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

Como luego veremos, el Tribunal Supremo en antigua sentencia de 25-5-1963 ya señaló que "el error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, siempre que el error no sea imputable al que lo padece y sea sustancial", por lo que para que pueda provocar la nulidad relativa del contrato, debe reunir los dos siguientes fundamentales requisitos:

A) Que sea sustancial, referido a las cualidades esenciales de la cosa (entre otras muchas STS de 17 de mayo de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990), no pudiendo nunca constituir este vicio, el mero error de cálculo, o de las previsiones o combinaciones negociales (STS de 27 de mayo de 1.982, 17 de octubre de 1.989).

B) Que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (STS de 4 de diciembre de 1.994 y 21 de mayo de 1.997 , que, a su vez, citan otras muchas). Y la excusabilidad del error ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996).

En relación al dolo, el art. 1269 y 1270 CC , disponen que "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho" si bien para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, "deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios".

Además de la normativa general de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil y en particular la prevista en el artículo 1.288, sancionador de la llamada interpretación "contra stipulatorem" o "contra proferentem", la cual entra en juego cuando exista una cláusula oscura o lo sea todo el contrato, de manera que ante la falta de claridad protege al contratante que no causó la oscuridad (Sentencias de 22 de julio de 2.008 y 18 de febrero de 2.009 , entre otras), debe tenerse en cuenta la normativa protectora de consumidores, de manera que las dudas en la interpretación de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, se resolverán a favor del consumidor, como precisa el artículo 80.2 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). El citado Texto Refundido no estaba en vigor en el momento de suscribirse el contrato litigioso, siendo de aplicación, por lo tanto, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , en cuyo artículo 10 se regulaba el contenido de las cláusulas, condiciones y estipulaciones que se aplicaban a la oferta y promoción de productos o servicios, y aquellas otras que no eran negociadas individualmente, y que en todo caso debían ser redactadas con concreción, claridad y sencillez; debiendo estar

impregnadas de la buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, excluyendo la utilización de las cláusulas abusivas. Del mismo modo, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, que supuso la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que vino a modificar aquella Ley 26/1984, introduciendo el artículo 10 bis donde recoge lo que son las cláusulas abusivas, considerando como tales, todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se consideran cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional Primera de esta Ley. En particular, de acuerdo con el nº 5 del artículo 5 de la Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, criterios recogido a su vez en el artículo 80 del vigente Texto Refundido de Consumidores .

Resulta obligado, considerar a la parte actora como consumidor a los fines del art. 1º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU) vigente en el momento de la contratación, como en el actual art. 3º del TRLGDCU, por no estar destinado a una actividad empresarial o industrial, tratándose, en todo caso, de un contrato tipo, de adhesión, cuyas cláusulas vienen predeterminadas por la parte demandada sin posibilidad alguna de negociación unilateral por la parte contraparte.

Desde otro punto de vista, la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige el conocimiento del tipo de contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que con él se contraen, lo que otorga una gran importancia a la fase de negociación previa. Siendo dicha afirmación predicable de cualquier tipo de contrato, lo es todavía más en el ámbito de la contratación bancaria, que en los últimos años ha merecido una especial atención por parte del legislador, tendente a la protección del cliente en general mediante la claridad y transparencia de las operaciones en dicho sector de la actividad económica.

Ha de recordarse que existe una vieja polémica doctrinal y jurisprudencial que se centra en identificar si es posible declarar la nulidad de un contrato por el mero incumplimiento de la normativa administrativa (la de carácter bancario o la propia del mercado de valores LMV). Estando en contra de esta tesis los que sostienen que la LMV es una norma de carácter administrativo y que existen sentencia del TS como la de 26 de abril de 1995, que apoyan dicha conclusión. Por el contrario, opuesta a la tesis anterior, existe, igualmente, jurisprudencia del Tribunal Supremo donde se recoge que "lo supuestos de infracción de una norma administrativa, siendo ésta imperativa o prohibitiva... acarrea la sanción de nulidad que contempla el artículo 6.3 del CC (sentencia del TS de 7 de octubre de 2011).

Sin embargo, en la actualidad se admite de forma unánime que dicha divergencia es más aparente que real, ya que, en el caso de defender la segunda postura bastará con apoyarse en la contrariedad de la normativa sectorial para lograr la nulidad por omisión informativa. Por el contrario, en el primer supuesto, el incumplimiento de dichos requisitos son determinantes para valorar el posible vicio del consentimiento.

En relación a la normativa aplicable en el sector bancario en el momento de la contratación y en relación con el deber de información, hemos de partir de la consideración de que no resulta aplicable al caso, pese a su cita por la parte actora, ni la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de valores, ni el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, normas que transpusieron en España la normativa MiFID, por haber entrado en vigor con posterioridad a la suscripción de los valores Santander, por lo que la demandada no estaba obligada a efectuar una valoración del perfil de los demandantes en la forma señalada por la misma, así como otras obligaciones que señala.

La Normativa MiFID en España, entra en vigor el 21 de diciembre de 2007, a partir de que La Ley del Mercado de valores) introduce en su articulado las novedades de la Directiva MiFID (Directiva MIFID 2006/73 y 2004/39), mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre (BOE de 20 de diciembre), estableciéndose, además en su Disposición Transitoria 1ª un plazo de seis meses para que las entidades financieras pudieran adaptarse a las obligaciones que preveía. Consecuentemente, no era de obligatoria observancia hasta el 21/06/2008.

Tampoco pueden aplicarse sus prescripciones aunque el plazo para su transposición venciera el día 31 de Enero de 2.007 porque, conforme reiterada Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, Sentencia Marshall de 26 de Febrero de 1.986), solo cabe su aplicación directa para las relaciones llamadas verticales (particular frente a Estado) pero no en las relaciones horizontales (particulares entre sí)".

Así, pues, deberá estarse a lo dispuesto en la LMV, Ley 24/1988, en su redacción dada en la Ley 44/2002 de 22 de noviembre, en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo sobre Normas de actuación en los Mercados de valores y Registros Obligatorios y, aún, en el ámbito de las condiciones generales de contratación con las que se integran el contrato discutido, a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998 (en adelante, LCGC), tratándose en general de una normativa en cuyos principios subyace el intento y finalidad de garantizar un adecuado derecho de información en el ámbito de los productos y mercados financieros de suerte que la misma sea imparcial, clara y no engañosa para todos cuantos contraten en dicho ámbito.

Así mismo, como ya se ha dicho más arriba, afirma la parte actora que, concurren un vicio del consentimiento, al no haber sido debidamente informada su cliente de las características del producto anteriormente descrito, sustentando dicha pretensión en lo dispuesto en los Art. 1.261 y siguientes CC sobre normas de actuación en los Mercados de valores, vigente en el momento de la contratación.

Subsidiariamente, y al amparo del Art. 1.124 CC), dado el incumplimiento del deber de información, diligencia y transparencia del Banco, así como de la obligación de valorar la conveniencia del producto, la resolución del contrato, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La Ley 24/1988, en su redacción a la fecha de la suscripción de los contratos, declara incluidos en su ámbito de aplicación "los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones", debiendo considerarse, como tales, los bonos, obligaciones y otros **valores** análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables, como con posterioridad a reconocido.

Igualmente, resultan aplicables al caso, las normas previstas en el Título VII de la LMV vigente en ese periodo, regulando las normas de conductas aplicables en el art. 78 y siguientes.

El artículo 78 que establece que: "1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores, los analistas de inversiones en valores e instrumentos financieros y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta:

a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título.

b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el párrafo a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

2. El Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de valores podrán establecer que los reglamentos internos de conducta mencionados en el párrafo c) del apartado anterior contengan medidas concretas tendentes a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en los siguientes artículos de este Título."

En especial el artículo 79.1, en cuanto al deber de información, establece que "Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros".

Así, pues, se señalan las reglas cardinales 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 u transparencia, desarrollando una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios.

En este caso, resulta aplicable el , al indicar que "Se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la

clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda: establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación".

De forma más precisa, destaca el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, antes citado, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, actualmente derogado por el Real Decreto 217/2008, de 11 de noviembre (posterior, por lo tanto, a la contratación ahora examinada), que desarrolla las previsiones contenidas en la anterior Ley 24/1988, mencionando en su artículo 2 la obligación de observancia de un Código General de Conducta, e incorpora como Anexo el Código General de Conducta de los Mercados de valores

En relación a la entrega de documentos contractuales, en su art. 15, dispone que: "La entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, debidamente suscrito por las partes, será obligatoria en los siguientes casos:

a) En las operaciones en las que exista contrato-tipo, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

b) En aquellas operaciones que por su carácter singular no hayan sido incluidas en los folletos de tarifas y normas de valoración y disposición de fondos y valores .En estos casos, el documento contractual deberá contener las tarifas y normas de valoración y disposición que vayan a aplicarse a estas operaciones.

c) En las operaciones que en desarrollo del presente artículo establezca el Ministro de Economía y Hacienda.

d) Siempre que lo solicite el cliente. Junto con los documentos contractuales se deberá hacer entrega de una copia de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles y normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada. Para ello bastará entregar la hoja u hojas del

folleto en que figuren todos los conceptos de aplicación a esa operación. Será válido, asimismo, que las tarifas aplicables aparezcan expresamente en el contrato, no siendo admisibles las remisiones genéricas al folleto de tarifas, sin hacer entrega del mismo.

2. Las Entidades retendrán y conservarán copia firmada por el cliente de los documentos contractuales. También conservarán el recibí del cliente a la copia del documento que le haya sido entregada. La Comisión Nacional del Mercado de valores y el Banco de España, sin perjuicio de lo que se derive en lo dispuesto en las leyes, tendrán acceso, en el ejercicio de sus respectivas funciones, a la copia de los contratos a que se refiere el párrafo anterior.

En relación a la información que debían entregarse a la clientela, el art. 16 del citado cuerpo legal dispone que: "1. Las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación.

2. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado.

3. El Ministro de Economía y Hacienda determinará los supuestos, el contenido mínimo y periodicidad, en ningún caso superior al semestre, con que las Entidades deberán remitir información a sus clientes en contratos de duración original superior al año o de duración indefinida. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes. La Comisión Nacional del Mercado de valores y el Banco de España, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán requerir de las Entidades la modificación de los modelos usados en la información a los clientes cuando la misma no cumpla las condiciones de claridad exigibles.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, las Entidades estarán obligadas siempre que lo solicite el cliente a proporcionarle toda la información concerniente a las operaciones contratadas por ellos."

Y, en su Anexo, establece también el citado Real Decreto en su artículo 1 que todas las personas y Entidades deberán actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado. En este sentido, deben actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizando las mismas según las estrictas instrucciones de sus clientes, o, en su defecto, en los mejores términos y teniendo siempre en cuenta los reglamentos y los usos propios de cada mercado (art. 2º del anexo), debiendo, en todo caso, las entidades solicitar de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer (art. 4º).

Finalmente, el artículo 5 del mentado Anexo determina 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.

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información

privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. 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.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.

b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.

c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.

d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía.

Resulta también aplicable el Real Decreto 1310/2005 de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la Ley 24/1998 en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

Y, por último, según disponen los Art. 7 y 8 de la LCGC: No quedarán incorporadas en los contratos integrados por condiciones generales de contratación aquéllas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera

completa al tiempo de la celebración del contrato, así como cuantas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, disponiéndose incluso la nulidad de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

SEXTO: LA CONTRATACIÓN DE AUTOS

Con carácter previo y conforme se ha hecho constar en los hechos probados debe rechazarse la nulidad de pleno derecho de la suscripción de los valores, toda vez que de la prueba documental ha resultado que la suscripción es de fecha posterior al 19 de septiembre del 2007 (folios 687 a 689).

En cuanto a la acción de nulidad consta que el administrador de la sociedad actora carecía al tiempo de la contratación de conocimientos y experiencia en el ámbito financiero, pues así resulta de la declaración de su hija Dña. y de las manifestaciones vertidas por el empleado bancario, que prestó servicios de asesoramiento en la compra de este producto. Concretamente, el Sr. aseguro que fue la persona que recomendó el producto a D., que tenía con él una relación de amistad y que D. únicamente había sido titular del fondos de pensiones.

Ello hacía preciso que D, hubiera hecho comprensible al cliente el contenido del tríptico de condiciones de emisión de los Valores Santander, pues en este se manejan unas categorías de no fácil comprensión para un cliente minorista (valores, obligaciones, canje, convertibilidad, emisión de OPA, condiciones de subordinación, limitada liquidez del producto, posibilidad de no declaración de la remuneración, etc.). Sin embargo, el propio Sr. manifestó que ni tan siquiera recordaba si llegó a hacer entrega del referido tríptico.

Igualmente, debieron detallarse los riesgos de la operación, y, además, destacándolos, y presentándolos como de posible aparición, y no como contingencias sumamente improbables (SAP de Cantabria núm. 218/2016 de 3 mayo. Asimismo,

debió informar al cliente acerca de aquellos hechos relevantes, públicos, notoriamente conocidos por los profesionales de la inversión (como la demandada), que pudieran incidir en una negativa evolución de la cotización de la acción durante el año posterior a la contratación del producto

Efectuadas estas consideraciones, debe traerse a colación el artículo 7 CC, que en el ámbito la contratación impone a los contratantes la obligación legal de conducirse conforme a las exigencias de la buena fe, lo que se traduce en el deber de lealtad en los tratos preliminares y en la fase de formación del contrato, no entendido ciertamente como búsqueda del interés ajeno, pero sí como prevención del indebido perjuicio que pueda sufrir el otro contratante como consecuencia de la falta de información. Cuando un contrato es complejo; y presenta importantes riesgos económicos para la otra parte, la medida del deber de buena fe se acrecienta, hasta imponer al predisponente una cumplida, detallada y completa información acerca de las características del contrato y de los especiales riesgos que para el cliente comporta. Y esto, por exigencia misma del deber de ser leal con la otra parte contratante.. Por virtud del principio de buena, BANCO SANTANDER debió informar al actor, con precisión e intensidad, de los siguientes extremos: primero, que si la acción bajaba, ello tendría un importante coste para él; segundo, que tal bajada resultaba perfectamente posible (como el tiempo demostró); tercero, que el actor tanto podía ganar como perder, y que si la acción Santander bajaba mucho, perdería mucho; y cuarto, que la esencia del contrato no era la de percibir un interés, sino otra muy distinta: arriesgar, de manera que si la acción subía, el cliente ganaba, y si bajaba, perdía (y si bajaba mucho, perderían mucho).

En consecuencia, debe ser acogida la acción de nulidad fundada en error-vicio del consentimiento, y ello porque no hay prueba de que el actor no es inversor profesional; no consta que la demandada le informara con claridad y ampliamente, de la naturaleza y riesgos que entrañaba la suscripción del producto VALORESSANTANDER. Por ello, ante la falta de constancia de esa información, se presume el error en el consentimiento

SÉPTIMO.- Efectos de la declaración de nulidad



La declaración de nulidad del contrato implica necesariamente por aplicación del art. 1303 del CC que los contratantes se restituyan recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses.

Así a la actora se le tienen que devolver los 60.000.-€ que entregó al banco, pero igualmente el “ S.L” debe restituir al Banco las acciones obtenidas en la conversión de los “Valores Santander “ y los intereses, dividendos y demás beneficios percibidos hasta la ejecución de sentencia.

OCTAVO.- Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, se imponen las costas a la parte demandada.

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

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Marta Sanildefonso Ugarriza, en representación de “ S.L” , se declara la nulidad de la orden de suscripción de valores Santander de 27 de septiembre de 2007 , condenando a “BANCO SANTANDER” al pago de los 60.000 euros invertidos, igualmente “ S.L” deberá restituir al Banco las acciones obtenidas en la conversión de los “Valores Santander “ y los intereses, dividendos y demás beneficios percibidos hasta la ejecución de sentencia.

Todo ello , con imposición de las costas a la demandada.



Contra esta resolución cabe interponer **RECURSO DE APELACION** ante este Tribunal, por escrito, en plazo de **VEINTE DIAS** contados desde el siguiente a la notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 458 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la interposición del recurso se deberá exponer las alegaciones en que base la impugnación además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

La admisión de dicho recurso precisará que, al prepararse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANESTO nº 3897000004054415 con indicación de “recurso de apelación”, mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Magistrado-Juez

PUBLICACIÓN.- De conformidad con lo que se dispone en el artículo 212 de la LEC, firmada la sentencia por el Juez que la dictó, se acuerda por el Sr./Sra. Letrado/a de la Admón. de Justicia su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en los autos, de lo que yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia doy fe.