



# JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 CANGAS DEL NARCEA

SENTENCIA: 00063/2018

PLAZA DE ASTURIAS, 7

Teléfono: 985 810 110, Fax: 985 812 431

Equipo/usuario: LDF

Modelo: N04390

N.I.G.: 33011 41 1 2016 0000257

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000233 /2016-N-**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. X

Procurador/a Sr/a. ANA GONZALEZ RODRIGUEZ

Abogado/a Sr/a. JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. X

Abogado/a Sr/a. X

## **SENTENCIA N° 63/18**

En Cangas del Narcea, a veinte de junio de dos mil dieciocho.

La Sra. Doña Silvia Fernández Suárez, Magistrada-Juez de este Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Único de Cangas del Narcea y su partido, habiendo visto los autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos en este Juzgado y registrados bajo el **N° 233/2016** a instancia de **X**, bajo representación procesal acreditada de la Procuradora de los Tribunales SRA. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ con la asistencia del Letrado SR. PÉREZ GÓMEZ-MORÁN, contra **BANCO SANTANDER S.A.**, bajo representación procesal acreditada del Procurador de los Tribunales SR. X con la asistencia del Letrado SR. X

Recayendo, en nombre de S.M. el Rey, la presente

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Procuradora de los Tribunales SRA. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, en la representación obrante en autos, se interpuso demanda de juicio ordinario en la que tras relacionar los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, interesaba se tuviese por formulada demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER S.A., y luego de los trámites legales que resulten procedentes, tenga a bien dictar sentencia en la que se condene a la demandada en los términos del suplico de la demanda, con expresa imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma con entrega de copia y de los documentos



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

acompañados a la demandada, emplazándola para que la contestase en el plazo de veinte días hábiles. Contestada la demanda, se citó a las partes a la audiencia previa que se celebró el 20 de marzo de 2.018, a las 09:45 horas.

**TERCERO.-** Llegado el día y la hora de la audiencia previa se celebró con la asistencia de las partes, quienes se ratificaron en sus respectivos escritos, solicitando el recibimiento de pleito a prueba.

**CUARTO.-** Celebrándose el juicio el día 15 de mayo de 2.018, a las 10:30 horas, se llevaron a la práctica en unidad de acto los medios probatorios propuestos y admitidos. Dándose por finalizado el acto, tras la formalización de conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han seguido todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **PRIMERO.- Delimitación de la litis.**

La pretensión deducida como principal en la demanda consiste en obtener la declaración de nulidad o anulabilidad del contrato de adquisición del producto financiero denominado "VALORES SANTANDER", formalizado mediante Orden suscrita el 19 de septiembre de 2007, mediante el cual el actor adquirió 3 títulos con un desembolso de 15.000 €. Dicha nulidad se funda esencialmente en la concurrencia de vicios en la prestación del consentimiento (error y/o dolo) por no haberse facilitado al tiempo de la contratación una información detallada y suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto contratado, concretamente no facilitándose el tríptico informativo.

Subsidiariamente, ejercita acción resarcitoria por daños y perjuicios causados por pérdida parcial de la inversión, a consecuencia de la negligencia o dolo de la entidad bancaria, basada también en la falta de información y de advertencia de riesgos, con vulneración de la normativa reguladora de la materia, cuantificando los perjuicios irrogados en la cantidad de 5.340,63 €.

El Banco demandado, por su parte, además de oponer la caducidad de la acción de nulidad por vicios en el consentimiento, sostiene que la suscripción del producto financiero se realizó de forma consciente y voluntaria y tras haber sido informada la parte actora de sus características y riesgos a través de los documentos registrados al efecto en la CNMV, según reconoció al firmar la Orden de suscripción. La entidad bancaria alega que el demandante tenía experiencia como inversor que ya contaba en su haber con una cartera de acciones de distintas entidades, planes de pensiones y fondos

de inversión, habiendo recibido la información necesaria sobre las características, condiciones y riesgos de los "VALORES SANTANDER", se procedió a su suscripción, que fue seguida de la información oportuna sobre la evolución de la inversión y su valoración a efectos fiscales, así como de la percepción de los rendimientos correspondientes.

## **SEGUNDO.- Caducidad.**

Para resolver esta cuestión, debemos citar la reciente Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 9 de marzo de 2.018 que recoge "En efecto es consolidada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida entre otras con amplia cita de precedentes, en sus Sentencias de 22 de marzo y 13 de enero, ambas de 2.017, la que tiene declarado que las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información precontractual impuestos por la normativa del mercado de valores tanto MiFID como en la pre MiFID no lo es la nulidad radical del contrato como se postula en el recurso sino la procedencia de su anulación por la existencia de vicios de consentimiento. Así concretamente en ambas se recoge la doctrina fijada al respecto sobre la incidencia del incumplimiento de esta normativa MiFID respecto de la validez de los contratos de adquisición de productos financieros complejos, afirmando su doctrina ya expuesta "... por primera vez en la sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, y reiterada, entre otras, en la sentencia 380/2016, de 3 de junio. La sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, parte de que la jurisprudencia del TJUE había declarado que la Directiva MiFID no preveía la sanción de nulidad para los contratos que la contravinieran, sino que debía estarse a lo previsto en la normativa interna de cada estado. Y a partir de esa premisa razona que en nuestro derecho la sanción prevista para esta infracción no es la nulidad absoluta o radical del contrato, sin perjuicio de su incidencia en la eventual nulidad por error vicio razonando al respecto que conforme al art. 3.6 del Código Civil, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79 bis de la LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.z bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss. LMV). Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la

*validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2.014, pero la mera infracción de estos deberes, ... no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1.255 CC)".*

Siendo ello así, es claro que la nulidad procedente no es otra que la relativa o anulabilidad basada en la existencia de un eventual vicio de consentimiento, a la que es aplicable la previsión contenida en el art. 1.301 del Código Civil a cuyo tenor "la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: en los casos... de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato".

Pues bien en relación al día inicial del computo del citado plazo de caducidad de esta acción de anulación por error vicio en la suscripción de contratos financieros complejos, como es indudablemente el de autos, es también jurisprudencia del Tribunal Supremo absolutamente consolidada a partir de su Sentencia de Pleno de 12 de enero de 2.015, recogida entre otras muchas, por citar las más recientes, en sus Sentencias de fecha 19 de diciembre de 2.016 y 20 de julio de 2.017, en ambos casos con amplia cita de precedentes la que tiene declarado que: "... en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Más específicamente la también Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2.016, en relación a un producto financiero sustancialmente idéntico al de autos de bonos necesariamente convertibles en acciones, aunque ello lo sea sin abordar concretamente esta cuestión del día inicial del computo de la excepción de caducidad, tras razonar la naturaleza y riesgos asociados a este producto ya apunta que ese día inicial lo será el del canje por acciones, en cuanto es aquel en que el inversor minorista conoce que las acciones que recibe no tienen un valor equivalente al precio en que los bonos se adquirieron, razonando al respecto que "Dado que,

como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones.

En este caso es evidente que el momento del canje de los bonos en acciones, supone no solo la plena consumación del contrato en cuanto es aquel en que éste despliega todos sus efectos, sino que, a partir de ese canje por acciones ordenado en forma voluntaria por la actora, antes incluso de la fecha prevista en la emisión para su conversión obligatoria, ha de estimarse ésta tuvo un cabal conocimiento de la pérdida de la inversión inicial que había supuesto esa conversión en acciones, comprendiendo así cual era la naturaleza y riesgos del producto, de ahí que deba compartirse el criterio de la recurrida de fijar esa fecha como día inicial del cómputo de la caducidad".

Sentado el criterio jurisprudencial precedente, en relación a la acción de anulación por vicios en el consentimiento, puesto que tal como expone la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 9 de marzo de 2.018 es la acción que procede, el art. 1.301 del Código Civil establece, en efecto, un plazo de caducidad de cuatro años desde la consumación del contrato.

En efecto, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2.015 estableció un criterio, seguido después por las Sentencias 16/09/2015 y 25/02/2016, según el cual, teniendo en cuenta que el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, sino el de consumación, que tiene lugar cuando se produce la realización de todas las obligaciones o cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes o se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó el contrato (STS 11/06/2003 y las que en ella se citan), especialmente tratándose de contratos de tracto sucesivo, se exige una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, posibilitando que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes. De ese modo, al interpretar precisamente el citado art. 1.301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, apelando al criterio interpretativo relativo a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, tal como establece el art. 3 del mismo Código, y atendido que la diferencia de complejidad

entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales es considerable, entiende que en estos casos no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara, y, antes bien, estando en el espíritu y la finalidad de la norma el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, concluye que no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Siendo, pues, lo relevante para determinar cuándo debe comenzar a correr el plazo para el ejercicio de la acción en esta clase de contratos el momento en que se conoció el error sobre las características del producto contratado, y especialmente el riesgo asumido, que en este caso venía determinado por la pérdida del valor de la inversión llegado el momento de la conversión de los títulos en acciones teniendo en cuenta el precio de referencia establecido para ello y la evolución en la cotización de la acción, debemos entender que se correspondería con la fecha de la conversión forzosa de los valores en acciones Santander, que se produjo el 4 de octubre de 2.012, por lo que, no podemos entender caducada la acción al haberse interpuesto la demanda el 3 de octubre de 2.016, esto es, antes de a expiración del plazo.

**TERCERO.-** El Tribunal Supremo ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión. En varias de estas sentencias, la Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las Sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, y 491/2015, de 15 de septiembre, entre otras.

Las Sentencias del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero, y 769/2014, de 12 de enero, así como la Sentencia 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. En esas

sentencias, con cita de otras anteriores, se afirma que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1.266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (Sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

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

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por el Tribunal Supremo en las Sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que



se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

El incumplimiento del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como se declara en las Sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2.014, y 460/2014, de 10 de septiembre, *"la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente"*.

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Y, sobre este último particular, las Sentencias del Tribunal Supremo 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014, de 12 de enero de 2.015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación.



El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes".

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.

No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y, además, hay asesoramiento cuando el cliente adquiere el producto que le es ofrecido por el empleado del banco, con el que tiene una especial relación. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. 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.

Además, no cabe desconocer que esta doctrina se reitera, punto por punto, en la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 411/2016, de 17 de junio, relativa ya, específicamente, a un producto similar al que aquí nos ocupa (bonos necesariamente convertibles en acciones), aunque no al mismo producto, pues ni es la misma la entidad demandada que emite el producto, ni la fecha y legislación vigentes en cada caso. No obstante, cabe destacar que esta resolución pone de manifiesto que lo esencial en este caso es informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones y, asimismo, que la entrega del tríptico no basta para dar por cumplida la obligación de informar, además de reiterar que esta obligación es una obligación activa.

**CUARTO.-** Sentado el anterior punto de partida, no podemos desconocer que la práctica judicial sobre el concreto producto que ahora nos ocupa en la jurisprudencia de las Audiencias dista mucho de ser uniforme. Frente a las numerosísimas resoluciones citadas por la demandada, existen muchas otras en sentido contrario. Partiendo de este planteamiento, un elemental principio de seguridad jurídica, nos lleva a tener muy en cuenta el criterio que se sigue en el ámbito de nuestra Audiencia Provincial.



La Sección 7ª de la Ilma. Audiencia Provincial, en Sentencia de 9 de febrero de 2.015 ya se había pronunciado sobre la naturaleza de los "VALORES SANTANDER", señalando que este producto se caracteriza por ser "bonos convertibles en acciones, y que estos son un producto financiero complejo, un híbrido entre los bonos simples (renta fija) y las acciones (renta variable), y también como obligaciones subordinadas, puesto que se sitúan en el orden de prelación por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del emisor, así como de los tenedores de participaciones preferentes y valores equiparables, si bien, por delante de las acciones, de modo que como hemos dicho en Sentencia de 4 de abril de 2.014 se trataba de un producto dotado desde un principio de total liquidez, dado que los Valores eran negociables en la Bolsa de Madrid y tenían ventanas anuales de canje voluntario por acciones y por otra parte, el riesgo derivado de su subordinación, vinculado a la insolvencia del emisor se veía en este caso desdibujado por la fuerte y notoria posición dominante de la entidad emisora en el mercado bancario y por el hecho de que, siendo los suscriptores adquirentes habituales de acciones del propio Banco, los Valores quedaban colocados por delante de estas en el orden de prelación", y que nos llevaban a concluir que no nos encontrábamos ante un producto que conllevara un riesgo sensiblemente más elevado que las acciones propias del Banco Santander .

Y asimismo, se señala, que es preciso diferenciar este producto de las obligaciones subordinadas emitidas por ciertas Cajas de Ahorro señalando que "Es obvio, por tanto, que a diferencia de lo ocurrido con las obligaciones subordinadas colocadas por otras entidades cuya situación en el mercado financiero era mucho más arriesgada en el momento en que emitieron obligaciones subordinadas para obtener crédito, porque necesitaban urgentemente financiación (caso de ciertas Cajas de Ahorro que se han convertido después en Bancos), los "VALORES SANTANDER" fueron emitidos por una entidad solvente, que no consta que hiciese la emisión porque se encontrase en una situación "delicada", sino para participar en una OPA que concluyó con pleno éxito".

Y en cuanto a las sanciones impuestas a la demandada por CNMV, también se dice, que entran dentro del ámbito administrativo, y lo que debe valorarse en el ámbito civil es si hubo o no un vicio en el consentimiento de los recurrentes a suscribir un producto complejo, para lo cual debe tenerse en cuenta dos factores sustanciales cuales son el cumplimiento del deber de información al cliente por parte de la entidad bancaria, conforme a la normativa vigente en ese momento, y analizar el perfil y características de los suscriptores, tal como se ha puesto de manifiesto en la Sentencia de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014, en relación a la suscripción de un swap, y las Sentencias de 8 y 9 de septiembre de 2.014, en relación a la adquisición de acciones preferentes.

**QUINTO.-** Expuesto todo lo anterior, descendiendo sobre el caso de autos para efectuar un análisis de las circunstancias concurrentes en el mismo, debe ponerse de manifiesto que la única prueba que se practica es la documental y la declaración del testigo Don José Antonio Pérez Alonso, empleado de la entidad bancaria demandada. Es cierto que la carga de la prueba sobre la información ofrecida recae sobre la parte demandada y que la inexistencia de información lleva a presumir la concurrencia de error. Sin embargo, hay hechos de la demanda necesitados de una probanza, al menos indiciaria.

Pues bien, en el caso de autos, lo que se constata es que las características esenciales del producto objeto de litigio se explican en el tríptico informativo aprobado por la CNMV. Este documento pone de manifiesto que no se trata de un depósito a plazo, garantizado, susceptible de ser rescatado en cualquier momento, sino de un producto de inversión cuyo objetivo era financiar parcialmente la OPA- oferta publica de adquisiciones de las acciones del Banco ABN AMRO, realizada por el Banco de Santander en unión de otras dos entidades financieras, contemplándose en el mismo los dos escenarios posibles. Así, si no prosperaba la OPA, el producto se convertiría en un valor de renta fija con vencimiento el día 4 de octubre de 2.008, y devengo de un interés del 7,30%. Por el contrario si la misma tenía éxito los Valores de Santander serían canjeables por Obligaciones necesariamente convertibles en acciones, a un precio ya establecido del 116% de la cotización media ponderada de las mismos en los 5 días hábiles anteriores a la emisión de las obligaciones convertibles (octubre de 2.007), estableciéndose una rentabilidad hasta el mes de octubre de 2.008 del 7,30 y a partir del mismo del "Euribor" más 2,75%. Es por ello que, de una lectura mínimamente atenta del citado tríptico resultaba que tales valores se canjearían en un futuro por obligaciones necesariamente convertibles en acciones y que los riesgos que implicaba la contratación del mismo, eran los derivados de estar sometido el futuro canje por acciones a la aleatoriedad propia de las fluctuaciones del mercado de referencia, esto es en última instancia del valor de las acciones en las fechas en que se había pactado el canje, bien voluntario, bien obligatorio, riesgo este que se representaba además en el propio tríptico con dos escenarios de posible rentabilidad, uno positivo y otro negativo, según la evolución del precio de las acciones del Banco de Santander.

Pues bien, la orden de suscripción de la inversión incluye el reconocimiento expreso de que previamente se había recibido "el tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha de 19 de septiembre de 2.007, así como que se la ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio

análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla Importe Solicitado".

Es verdad que, como se afirma por ejemplo en las Sentencias de la Sección 5ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias de 11 ó 31 de marzo de 2.014, que la introducción en el contrato de una declaración de ciencia, suscrita por los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, no implica necesariamente que *"se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva formación, ni constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos último designio de toda la legislación sobre transparencia e información"*. Y así ha tenido ocasión de señalarlo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de enero de 2.015, razonando en su fundamento de derecho séptimo apartado 6 que *"Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista"*.

Sin embargo, la presunción de conformidad con su contenido, (art. 1.225 del C Civil y jurisprudencia que lo interpreta, por todas STS de 18-10-2007) que ello supone, en este caso se ratifica sin contradicción alguna por el testimonio del empleado de la sucursal que con ocasión de este negocio atendió a la parte demandante, y que refirió que al menos en dos ocasiones le informó del contenido de la contratación que iba a llevar a efecto.

El testigo manifestó que como empleado del Banco Santander atendía al cliente en sus gestiones e inversiones; que el demandante hacía operaciones de renta variable: operaciones con 23 acciones distintas, tres planes de pensiones de renta variable al 100 %, fondo Santander Emergentes Europa, de elevado riesgo...; que no recuerda quien tomó la iniciativa en la contratación de los valores; que en aquella época había mucha publicidad en la prensa y que los valores encajaban en



el perfil del demandante; que celebraron varias reuniones hasta su comercialización; que nunca le dijo que era un plazo fijo y que el cliente estaba al tanto de la cotización; que en el momento de la contratación sólo preguntó por los valores; que no había un tipo de cambio fijo para su venta; que el canje voluntario se le comunicó todos los meses de octubre de cada año hasta el canje forzoso; y, que se le facilitó toda la documentación e información del producto.

Así las cosas, no habiéndose practicado ninguna otra prueba, cabe entender probado que efectivamente se entregara el tríptico informativo aprobado por la CNMV y que el empleado le proporcionara al demandante, verbalmente, toda la explicación adicional que refirió en el acto del juicio; uno y otra justifican de forma suficiente el cumplimiento del deber de información que podía conjugar el cliente para tomar una decisión de inversión, pues, careciendo como carecemos de elementos de convicción que apunten en sentido opuesto, exigir mayor rigor a ese respecto al Banco le impondría una carga desproporcionada.

Por lo que se refiere a los hechos acaecidos con posterioridad a la suscripción del producto litigioso, a la luz de la prueba que se practica, también cabe entender acreditado el ofrecimiento de información sobre el producto y su evolución. En primer lugar, cabe entender acreditado que la demandada enviaba comunicaciones a la actora sobre el funcionamiento del producto, doc. N° 6, 13 y 21 a 25 de la contestación a la demanda, por lo que, razonablemente, cabe entender que tales comunicaciones fueron recibidas por la actora. Asimismo, consta el envío periódico de información fiscal y de los extractos de la cuenta de valores. Por otra parte, no puede desconocerse que la demandante durante los años siguientes a la suscripción del producto percibió rendimientos, refiriendo el testigo que nunca le manifestó malestar en relación al producto contratado. En cuanto a la información sobre la evolución de la cotización de las acciones de Banco Santander, además de las comunicaciones a que nos hemos referido, se trata de una información accesible para cualquier persona. Por último, tampoco puede desconocerse que, el día 4 de octubre de 2.012, se procedió a la conversión forzosa de los valores en acciones (doc. N° 13 de la contestación a la demanda), convirtiéndose los valores en acciones, acciones por las que han percibido y vienen percibiendo rendimientos.

En consecuencia, cumplido el deber de información, debe entenderse que la parte actora acometió conscientemente una inversión que comportaba riesgo, de manera que debe soportar las consecuencias de que el devenir de los acontecimientos fuera contrario al pronóstico o previsiones con que contrató. La parte demandante sostiene que sufrió error en el consentimiento prestado, pues suscribió el producto sin ser consciente de su naturaleza y sus riesgos, y que el contrato





es nulo porque se ofreció a un cliente minorista para quien no era adecuado, sin informarle suficientemente del funcionamiento de ese producto y los riesgos que conllevaba. Sin embargo, la prueba practicada, la entrega del tríptico unida a las explicaciones verbales dadas y a la información posterior ofrecida, permite entender probado que se ofrece información acerca de la naturaleza y los riesgos del producto que debemos considerar que resultaba suficiente.

Además, si bien en los "VALORES SANTANDER" se aprecia como riesgo el determinado por la pérdida de valor, no lo es menos que tienen la ventaja, de que durante el tiempo anterior al canje obtuvieron una rentabilidad fija conocida de antemano, y pudieron negociar los Valores en cualquier momento en el mercado de renta fija de la Bolsa de Madrid o haberlos canjeado voluntariamente en las ventanas anuales de cancelación.

En suma, no puede decirse que se haya suministrado una información insuficiente a la vista de que se le entregó el tríptico donde se detallan y destacan las condiciones de la oferta, características y funcionamiento del producto en condiciones inteligibles y aptas para comprender su verdadera naturaleza, información que demuestra la documental y, también, la testifical del empleado del Banco en aquel momento; prueba no contradicha por ninguna otra. No es, por tanto, creíble la versión que ofrece la parte demandante de que habría suscrito un producto garantizado, pues, a lo sumo, podría haber pensado que se trataba de acciones y no de obligaciones convertibles subordinadas, si bien, en ese caso, como ya hemos visto, no habrían asumido, dadas las condiciones del emisor y de la emisión y sus fines, un riesgo sustancialmente mayor que el que habrían asumido de haber suscrito directamente acciones del propio Banco emisor de los títulos.

Por lo que refiere al perfil de la parte demandante, si bien debe admitirse que la misma debe ser considerada como cliente minorista, aun cuando considerásemos insuficiente la información suministrada por la entidad financiera, de este solo dato no podemos concluir en la existencia de un error esencial, excusable e invencible, capaz de provocar la nulidad, ya que el error no ha de ser insuperable, como exige la Jurisprudencia, que viene sosteniendo que para que el error vicie el consentimiento es necesario que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente. Y además debe tratarse de un error sustancial sobre el objeto del contrato, cual es el que afecta



a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto.

Sobre este particular, de la prueba practicada se desprende que la parte demandante, con carácter previo a la suscripción de los "VALORES SANTANDER", tenía inversiones en fondos de inversión, planes de pensiones de renta variable, operaciones en acciones, fondo Santander Emergentes Europa de elevado riesgo, todos ellos del propio Banco Santander, lo que permite razonablemente entender que tiene experiencia para comprender las características y riesgos del producto litigioso, al menos que el mismo no puede equipararse a un depósito a plazo fijo.

Y, en relación con esto, la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014 destaca la necesidad de que no sólo haya un defecto de información imputable a la entidad para con el cliente, sino que aquella le haya causado a este una representación equivocada sobre la naturaleza y riesgos del producto capaz de producirle un error esencial y excusable, lo que se analiza en función del conocimiento del afectado en cada caso, como así se lleva a cabo en la Sentencia del tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2.014. Por lo que, en consonancia con tal doctrina, debe considerarse, en definitiva y a la luz de la prueba practicada, que la parte demandante tenía experiencia suficiente para comprender el funcionamiento y los riesgos de los "VALORES SANTANDER", descartándose la posibilidad de que pudiera considerar que estaba suscribiendo un producto garantizado, que es lo que se alega en la demanda.

En consecuencia, de conformidad con todo lo razonado, es procedente la desestimación de la pretensión principal de la demanda.

**SEXTO.- Prescripción acción de resarcimiento de daños y perjuicios.**

Con carácter subsidiario, la parte actora ejercitó una acción de resarcimiento por daños y perjuicios por pérdida parcial de la inversión a consecuencia del dolo o negligencia de la parte demandada en la comercialización del producto contratado y por la falta de información, de advertencia de riesgos y de incumplimiento contractual de ofrecer productos financieros inadecuados para clientes inexpertos.

La primera cuestión que se debe someter a examen es la relativa a la prescripción de la acción, habida cuenta de que la parte demandada invoca la aplicación del art. 1.902 del Código Civil, por tratarse de una responsabilidad civil extracontractual al tratarse los vicios invocados de elementos precontractuales, con cita de abundante jurisprudencia.

Delimitada la postura de la entidad bancaria, no nos hallamos ante un caso de exigencia de responsabilidad derivada



del art. 1.902 del Código Civil, sino ante la responsabilidad contractual derivada de un contrato de bancario, documentado mediante la orden de compra expedida por la entidad bancaria firmado por la persona que tenía potestad para ello. Por ello, queda también rechazado el argumento de que sería aplicable a la acción ejercitada el plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1.968. 2º del Código Civil en relación con el art. 1.902 del mismo texto legal. Tal como recogen las Sentencias de las Ilmas. Audiencias Provinciales de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 22 de abril de 2.009, y de Badajoz, Sección 3ª, de 20 de diciembre de 2.104, se trataría de la prescripción de 15 años del art. 1.964.2 del Código Civil, en la reforma anterior a la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

**SÉPTIMO.-** En el caso de autos se ha acreditado la existencia de una información, tanto escrita como verbal, suficiente, tanto al tiempo de la suscripción como con posterioridad, sin que pueda hablarse de una información falsa o una ocultación de la naturaleza del producto. Con base en ello, ha de rechazarse tanto la posible concurrencia de error en el consentimiento prestado, como el incumplimiento contractual de la demandada o la concurrencia de dolo o negligencia, que fundamenta la acción de resarcimiento por daños y perjuicios, presupuestos que, en definitiva, sustentan cualquiera de las acciones ejercitadas por la parte demandante. En este último sentido, cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo 479/2016, de 13 de julio, ya señala que la apreciación de error en el consentimiento por inexistencia de información suficiente da lugar a la nulidad contractual y no a la resolución (con cita de la STJUE de 30 de mayo de 2.013 y de otras del mismo Tribunal).

En efecto, la acción que se ejercita de forma subsidiaria a la de nulidad contractual, si bien es verdad que tanto en el encabezamiento de la demanda como en su fundamentación jurídica se alude a la responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones de información y asesoramiento y a la condigna indemnización de daños y perjuicios por defectuosa información, habiendo incurrido la entidad demandada en negligencia o dolo, en realidad ello no se corresponde con la petición que se articula en el suplico de la misma, en la que se persiguen los efectos propios y característicos de una resolución contractual. Lo anterior pese a que se solicite una indemnización de 5.340,63 €, que resulta de una compensación de facto de las cantidades entregadas por el demandante en la contratación de los "VALORES SANTANDER" y los rendimientos percibidos por aquél. La parte demandante no acredita la negligencia o dolo de la parte demandada, ni así tampoco el incumplimiento de los deberes de información, máxime cuando en fundamentos precedentes se indica lo contrario. Todo ello, aboca a la desestimación de dicha pretensión, pues como ha señalado recientemente la STS 13-7-2016, con cita de otra anterior de

19-11-2015, es inconcuso doctrinal y jurisprudencialmente que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento (por inexistencia de información suficiente al cliente) debe dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución, y la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los arts. 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del art. 1.301 del mismo texto legal, debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa, y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento, ya que éste, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato, mientras que la falta de información se habría producido con anterioridad.

**OCTAVO.-** Conforme al art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose producido una desestimación íntegra de la demanda, procede realizar expresa imposición de las costas procesales devengadas en esta instancia a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

#### **FALLO**

**DESESTIMAR íntegramente** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales SRA. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, en la representación obrante en autos, **FRENTE a BANCO SANTANDER S.A.**, con expresa imposición de las costas procesales devengadas en esta instancia.

Contra esta resolución cabe formular recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

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

Así por esta mi sentencia, la pronuncia, manda y firma la Sra. Doña SILVIA FERNÁNDEZ SUÁREZ, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Único de CANGAS DEL NARCEA y su partido.

LA MAGISTRADA-JUEZ



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la dicta, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

