



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 DE A ESTRADA**

-

AVDA. DE BENITO NÚM. 92  
**Teléfono:** 886206268/886206265  
**Fax:** 886206262

Equipo/usuario: MT

Modelo: N18740

**N.I.G.:** 36017 41 1 2016 0000692

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO** [REDACTED]

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

**T E S T I M O N I O**

[REDACTED], Letrado de la Administración de Justicia, del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de A ESTRADA, doy fe y testimonio que en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO [REDACTED] consta SENTENCIA, que literalmente se pasa a transcribir a continuación:

**SENTENCIA**

A Estrada, 31 de mayo del 2017.

Vistos por mí, [REDACTED], Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de A Estrada, los autos del juicio ordinario [REDACTED] iniciado por [REDACTED] representado por de procurador de los tribunales [REDACTED] y asistidos de letrado Don JESUS GARRIGA DOMINGUEZ. Contra BANCO SANTANDER representada por el procurador de los tribunales [REDACTED] y asistida de letrado [REDACTED] en sustitución de [REDACTED]

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 4 octubre del 2016 la representación procesal de [REDACTED] presenta demanda de juicio ordinario contra Banco Santander

SEGUNDO.- En virtud de resolución dictada el 26 de octubre del 2016 se admite a trámite la demanda, se da traslado de la misma al demandado y se le otorga un plazo de 20 días para contestar a la misma.

TERCERO.- Con fecha 1 de diciembre del 2016 la representación procesal de Banco Santander presenta escrito de contestación a la demanda oponiéndose a la misma.

CUARTO.- Se celebra audiencia previa el día 9 de marzo del 2017, La parte actora se ratifica en su demanda, la parte demandada se opone a las pretensiones de la actora. Las partes proponen los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus derechos. Admitida la prueba propuesta se fija fecha para celebración de juicio.

QUINTO.- El día 3 de mayo del 2017 se celebró la vista del juicio, se practicó la prueba propuesta, efectuaron las partes sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Alegaciones de la parte actora.

Solicita que se declare la nulidad de pleno derecho del contrato por el cual se suscribieron los valores del Santander. Subsidiariamente se anule el referido contrato por vicio del Consentimiento. Alternativamente se decrete la resolución por incumplimiento contractual. Subsidiariamente acción de petición de responsabilidad civil. En base a los Arts. 1.261 del C.c y siguientes y el Art. 1.124 y siguientes del mismo cuerpo legal conforme los siguientes motivos:

La actora es cliente de la entidad demandada desde hacía 30 años, se efectuó la comercialización sin entrega de documentación a la actora, incumpliendo la normativa por parte de la demandada, con una publicidad inexacta y falsa, no se le informó de los riesgos del producto. No se le suministró a la actora desde la fecha de la contratación hasta la fecha de conversión, información de ningún tipo sobre la evolución de los valores. Se le recomendó a la actora un producto inadecuado con sus conocimientos y experiencia previos, sin tener en cuenta sus circunstancias personales, su cultura general y financiera, priorizando su interés por encima del interés de la demandante, al necesitarlo para para financiar la compra de ABM AMRO.

SEGUNDO.- Alegaciones de la demandada.

Se opone a las pretensiones esgrimidas de contrario en base a los siguientes hechos:

La actora suscribió un total de cuatro título de los llamados "valores Santander" por un importe total de 20.000 euros, mediante firma de la orden de suscripción. La inversión se realizó de forma consciente y voluntaria, siendo informado la actora de las características y riesgos del producto, cumpliéndose todas las obligaciones que eran precisas.

Se alega la caducidad de la acción conforme el Art. 1.301 del C.c.

Se manifiesta que la actora tiene experiencia inversora, en todo momento se le suministró la información adecuada, se entregó el tríptico y se puso a su disposición toda la documentación en la que se explicaba la naturaleza del producto. Improcedencia de la acción de nulidad absoluta y de anulabilidad por error o vicio del consentimiento. Asimismo



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

alega la improcedencia de la resolución contractual y la responsabilidad civil.

TERCERO.-Características de los Valores Santander.

Con carácter previo al examen de la cuestión sometida a enjuiciamiento procede realizar una serie de consideraciones previas sobre las características del producto contratado, denominado "Valores Santander".

Siguiendo a la SAP de Madrid, sección 12, de 25 de octubre de 2016 (LA LEY 161099/2016), aunque la posible complejidad del producto contratado imponga a las entidades financieras el cumplimiento de unas específicas obligaciones de información y una mayor diligencia en ellas, determinando su incumplimiento la susceptibilidad en el cliente de la prestación de un consentimiento no [REDACTED] informado y por ende viciado a los efectos del art. 1265 CC (LA LEY 1/1889) ., no puede obviarse que para el enjuiciamiento de la cuestión, han de examinarse las circunstancias y efectos de la concreta contratación. De manera que no basta con la mera afirmación de que el producto contratado sea complejo, o de que la información no existió o debió de ser más exhaustiva para con ello obtenerse la declaración de nulidad absoluta o relativa de los contratos, o de alguna de sus cláusulas. Ha de examinarse y valorarse si efectivamente, el producto era tan complejo y si, en relación con esa complejidad, la información fue o no suficiente para el cliente, es decir, si conocía lo que contrataba y aceptaba por ese conocimiento aquello que contrató y sus consecuencias, no siendo suficiente con la afirmación de que esperaba unos resultados distintos a aquéllos conseguidos, de que no entendió lo que firmaba o que lo hizo erróneamente con fundamento en la mera y sola afirmación de la parte muy posterior a la contratación y coincidente con la frustración de sus expectativas negociales, precisamente cuando estaba contractualmente contemplada.

1.-Caracteres de los Valores Santander

La emisión de los Valores Santander en este caso debe entenderse que respondió a la necesidad del emisor de captar fondos para la adquisición por Banco de Santander, por el Royal Bank of Scotland y por Fortis de la totalidad de las acciones, en una operación de oferta pública de la entidad financiera holandesa ABN AMRO. Con este fin se emitieron efectivamente los valores denominados "Valores Santander", registrándose las condiciones de la oferta en la CNMV el 19.9.2007, por un importe nominal de 7.000.000.000 euros, con 5.000 euros de valor nominal unitario. Esta finalidad instrumental de la emisión se recogía en el folleto informativo, describiéndose dos escenarios diferentes de la inversión en función de que finalmente se consumara o no la OPA sobre ABN Amro: Si la OPA no prosperaba, el 27 de Julio de 2008 los valores se amortizarían el 4.10.2008 con reembolso de su valor nominal y una remuneración del 7,30% TAE (por tanto se trataba de un producto de renta fija con vencimiento a un

año ); Si finalmente ABN Amro era adquirida, los valores se canjearían necesariamente por obligaciones convertibles en acciones de nueva emisión del Banco de Santander, fijándose diversos períodos para el canje voluntario y ciertas condiciones de canje obligatorio. Operaba así la inversión en los valores como un título de deuda privada, con el devengo de un interés anual del 7,30% el primer año y Euribor más 2,75% en los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta el momento de su conversión en acciones del Banco. La conversión era obligatoria transcurrido el plazo de cinco años, al precio de conversión inicialmente fijado.

Debe señalarse también que en el tríptico informativo se mostraban dos escenarios diversos bajo la mención de " ejemplos teóricos de rentabilidad .

En efecto, era peculiaridad del producto según se sigue de la información suministrada en el tríptico, la determinación de una prima de conversión fija de las acciones en el momento del canje: " Para la conversión, la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento ". Finalmente, según se comunicó a los inversores, el precio quedó establecido en 16,04 euros por acción [ el precio de conversión fue fijado al final en 12,96 Euros;] fijándose en consecuencia 311,76 acciones por cada Valor Santander y hasta el momento de la conversión la inversión rentabilizaba a una TAE del 7,50% el primer año y Euribor a 3 meses más 2,75% el resto, como ha quedado indicado.

Por tanto, el riesgo de la inversión dependía del valor de las acciones en el momento de la conversión, pues el valor de referencia no era el de la cotización en el momento del canje, sino el precio previamente determinado por referencia al momento de la emisión. De este modo, si en el instante del canje la cotización de la acción fuera superior a la predeterminada de 16,04 euros; los clientes adquirirían acciones por un precio más barato que el de mercado en ese momento. Si por el contrario el valor de la acción fuera inferior al precio indicado, los inversores adquirirían las acciones a un precio superior al de cotización en esa fecha. Sea cual fuera, en consecuencia, la evolución de la acción del Banco, el cliente siempre recibiría un número ya determinado de acciones.

Este último escenario, según es hecho notorio por la caída general de las cotizaciones durante los años de crisis económica fue el que finalmente ocurrió, de modo que el 4 de Octubre de 2012 al producirse la conversión forzosa a la cotización predeterminada anunciada en la nota de valores y en el tríptico informativo el precio inicialmente fijado( que por sucesivas ampliaciones de capital había quedado minorado a la suma de 12,96 euros)resultó muy superior al de la cotización de las acciones en el mercado secundario, produciéndose una pérdida parcial de la inversión, compensada por los rendimientos obtenidos durante todo ese período. " .



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

La reciente SAP de Palencia, sección 1ª, de fecha 2 de diciembre de 2016 resume igualmente de forma certera este proceso de comercialización efectuado por la demandada:

"En la información suministrada se indicaba con claridad y precisión que si finalmente el Consorcio integrado por la entidad demandada y otras dos entidades financieras más adquiriría ABN AMROS, el Banco Santander estaba obligado a emitir las obligaciones necesariamente convertibles y el Emisor estaba obligado a suscribirlas en el plazo de tres meses. Desde ese momento, los Valores pasarían a ser canjeables por Obligaciones Necesariamente Convertibles, y estas, a su vez, serían convertidas en acciones de nueva emisión del Banco Santander. El canje de los valores por las Obligaciones Necesariamente Convertibles podía ser voluntario u obligatorio. El voluntario estaba sujeto a la decisión de los titulares de [REDACTED] los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011. Y, el obligatorio, consistía en que el 4 de octubre de 2012 todos los valores en circulación serían obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander. El día 30 de marzo de 2012 la Junta de Accionistas del Banco acordó conceder a los titulares de estos valores la posibilidad adicional de solicitar su conversión en 15 días naturales anteriores a los días 4 de junio, julio, agosto y septiembre. Cada valor sería canjeado por una obligación necesariamente convertible, valorándose a efectos de conversión en acciones de Banco Santander, las obligaciones por su valor nominal y las acciones al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración ejecutase el acuerdo de emisión de las obligaciones convertibles. Así el precio de referencia para el canje de los valores se encontraba predeterminado, fijado ya en octubre de 2007. Desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración, la sociedad emisora decidía 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 desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles y hasta el 4 de octubre de 2008, sería del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los valores, y a partir de 4 de octubre de 2008, el tipo de interés nominal anual al que se devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería el Euribor más 2.75% pagadero trimestralmente, por trimestres vencidos, los días 4 de enero, abril, julio y octubre de cada año, hasta su necesaria conversión.

Una vez emitidas las Obligaciones Necesariamente Convertibles, el rango de los valores es el de valores subordinados, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados de la entidad emisora, obligándose ésta a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid.

*En definitiva, resulta que los inversores podían proceder anualmente al canje de las obligaciones por acciones ordinarias de la demandada cada año, o bien esperar hasta el 4 de octubre de 2012 en que operaba necesariamente el canje a la cotización predeterminada anteriormente señalada, por tanto el éxito y el riesgo de la inversión dependería del valor de las acciones en el momento de la conversión".*

Son muchas las sentencias de Audiencias Provinciales que indican que se trata de un producto no complejo, económicamente similar a la compra de acciones, de modo que los adquirentes de tal producto estaban asumiendo un riesgo de fluctuación, en este sentido del Mercado continuo (la dependencia del valor del mercado de las acciones del Banco de Santander y el de la fecha de conversión de los valores en acciones), que se veía atenuado por los pingües intereses que recibía a cambio ( SAP Jaén, 17 de Enero de 2014 ; SAP Cáceres, 12 de Febrero de 2014 ; SAP Jaén, Sentencia de 17 de Enero de 2014 ; SAP Palma de Mallorca (Sección 5ª), 11 de febrero de 2014 ; SAP Zaragoza (Sección 5ª), 10 de julio de 2014 , SAP Orense, 22 de Septiembre de 2014 y 7 de Enero de 2016 ; SAP Madrid (Sección 18ª), Sentencia (Sección 25ª), 30 de diciembre de 2015 , de 5 de diciembre de 2015 , entre otras).

La SAP de León, sección 2ª, del 1 de junio de 2015 señala que *"El inversor, pues, podía adelantar la conversión, esto es, el canje por acciones ordinarias de Banco Santander, el 4 de octubre de cada año y enajenar las acciones o esperar al canje obligatorio, a la conversión final, que tuvo lugar el día 4 de octubre de 2012 . Llegada esta fecha operaba necesariamente el canje a la cotización predeterminada anteriormente señalada, por tanto el éxito y el riesgo de la inversión dependería del valor de las acciones en el momento de la conversión. El precio de referencia de las acciones, llegado el vencimiento de la inversión, fue de 16,04 euros por acción, resultado de aplicar un 116 % a la media aritmética de los precios ponderados de la acción de Banco Santander en el mercado continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores al 17 de octubre de 2007, que había sido 13,83 euros, y el número de acciones que corresponde a cada valor Santander a efectos de conversión quedó fijado en 311,76 acciones por cada valor. Esta relación de conversión resulta de dividir el valor nominal de cada Valor Santander (5.000 euros) por el precio de referencia antes indicado (16,04 euros). Así se expresa en la carta que remitió la parte demandada en octubre de 2007, tras la emisión, a todos los suscriptores de Valores Santander en la que se concretaba ese precio de referencia para el canje (documento nº 12 de la contestación, folios 490-491). La Junta General de Accionistas fijó un precio de conversión un 16% superior al precio de mercado para evitar un efecto dilutivo de esa emisión sobre los demás accionistas. También previó un mecanismo antidilución para los titulares de Valores Santander, de forma que el precio de referencia a efectos de conversión,*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

inicialmente fijado en 16,04 euros, ha venido siendo minorado como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital de Banco Santander. Por ello, el precio de referencia definitivo, al que se canjearon los Valores el pasado 4 de octubre de 2012, fue de 12,96 euros, tal y como se comunicó a la CNMV el pasado 30 de julio de 2012 (documentos nº 16 de la contestación a la demanda, folio 504). Los valores convertibles no tenían el capital garantizado y su adquisición era económicamente similar a la compra de acciones ya que estaban llamados a convertirse automáticamente en acciones a una fecha determinada, retribuyéndose a un interés fijo hasta que se produjese la conversión. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones y, con ello, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad aunque atenuado por los intereses que a cambio recibía. En todo caso, se trataba de un producto líquido, [REDACTED] podía ser vendido y adquirido en cualquier momento a precio de mercado al estar admitido a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid (doc nº 20 de la contestación), y tenían la solvencia del Banco Santander y la adicional de La Caixa (doc nº 21 de la contestación, folios 516 ss.). La complejidad de este producto no se encuentra en su funcionamiento sino, en su caso, en el hecho de que la emisión termina convirtiéndose en acciones del Banco Santander, sociedad cotizada que opera en bolsa, de manera que el carácter complejo, entendido como de riesgo, surge porque una vez asegurada la rentabilidad fija en el primer año y variable en los demás, lo que termina adquiriendo el inversor son acciones de la emisora, sin que pueda desconocer que el valor de la cotización de las acciones de cualquier mercantil está sometido a los riesgos de volatilidad del mercado.

En resumen, se trataba de un producto económicamente similar a la compra de acciones, por lo que el adquirente estaba asumiendo un riesgo de fluctuación atenuado por los intereses que recibía a cambio. Su único riesgo es la dependencia del valor del mercado de las acciones y el de la fecha de conversión de los valores en acciones".

La parte actora considera que los Valores Santander son un producto complejo que Banco de Santander debió ofertar como producto rojo y no amarillo. Sin embargo, gran parte de la llamada jurisprudencia menor viene entendiendo lo contrario al considerar que o bien su riesgo "no es más elevado que el de las propias acciones del banco", (SAP Cantabria de fecha 20 de Mayo de 2015 ; SAP Zaragoza de fecha 29 de Abril de 2015 ), o que para su conocimiento "no es necesario ser un experto en disciplina financiera", (SAP Tenerife 18 de Mayo de 2015 ), y "Aun admitiendo que el producto tuviera carácter complejo, ello no impide concluir que, debidamente explicado, se comprenda su alcance que estaba descrito en la emisión ...", (SAP Granada de fecha 2 de Marzo de 2015 ); "... los valores convertibles ciertamente no tenían el capital garantizado, pero su adquisición era económicamente similar a la compra de acciones ya que estaban llamados a convertirse automáticamente

en acciones a una fecha determinada, retribuyéndose a un interés fijo hasta que se produjese la conversión. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones y, con ello, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad aunque atenuado por los intereses que a cambio recibía ", ( SAP Salamanca de fecha 27 de Febrero de 2015 , que cita en la misma línea de razonamiento las sentencias de las Audiencias Provinciales de Ourense (Sección 1ª) de 22 de Septiembre de 2014 , de Cáceres (Sección 1ª) de 12 de Febrero de 2014 , de Jaén (Sección 3ª) de 17 de Enero de 2014 , de Palma de Mallorca (Sección 5ª) de 11 de Febrero de 2014 , de Asturias (Sección 7ª) de 27 de Marzo y 4 de Abril de 2014 , de Zaragoza (Sección 4ª) de 14 de Mayo de 2014 , de Cuenca (Sección 1ª) de 1 de Julio de 2014 , y de Zaragoza (Sección 5ª) de 10 de Julio de 2014 , o AP Lugo 11 de Febrero de 2015 ). Así se recoge también en la Sentencia de la AP de Pontevedra de 23 de Julio de 2015 .

Es cierto que existen otras Audiencias Provinciales que proclaman la complejidad de este producto financiero con argumentos diversos; recientemente vgr. por la SAP de Madrid de 30 de diciembre de 2016 se aplica analógicamente la doctrina sentada en la reciente STS de 17 de junio de 2016 que se refiere a bonos necesariamente convertibles en acciones.

En cuanto a esa complejidad señalan vgr. la Audiencia Provincial de Jaén en su sentencia de 26 de diciembre de 2014: "No obstante, en el caso de los " Valores Santander ", hemos de destacar varias notas que nos llevan a concluir que no nos encontramos ante un producto que conllevara un riesgo sensiblemente más elevado para la parte demandante que la inversión en otros productos financieros, pues 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. No se entiende que en el caso de los " Valores Santander " se diga que la intención de las demandantes era invertir en un plazo fijo, sino es precisamente porque se puede ver en ello la intención de eludir en el caso de los " Valores Santander " las consecuencias de dicha prelación de éstos sobre las acciones. 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". Igualmente dicha sentencia establece que: "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".

Por otro lado la complejidad del producto de que se trate debe ponerse siempre en relación con el perfil de quien lo contrata; en este sentido la Sentencia de la AP de Oviedo de fecha 20 de Julio de 2.015 decía que, " En todo caso lo relevante a la hora de determinar el perfil inversor no es tanto la naturaleza compleja o no de los productos financieros desde el punto de vista de la normativa del Mercado de Valores, sino el riesgo que el cliente está dispuesto a asumir a cambio de exp[ ] de mayor rentabilidad de su inversión, y concretamente si este alcanza a la posible pérdida del capital inicial invertido, esto es si tuvo una información o conocimiento previo de los riesgos inherentes al producto y más concretamente del carácter claramente aleatorio o netamente especulativo, por la imposibilidad de prever la evolución de la Bolsa en que *cotizaban las acciones subyacentes durante el plazo de vigencia de la emisión de los valores*".

CUARTO.-Acción de nulidad/anulabilidad por error o vicio del consentimiento.

Sobre la pretendida nulidad, y error en el consentimiento, cabe atender a los aspectos legales y jurisprudenciales aplicables a esta materia.

Artículo 1261. "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca".

- Artículo 1265. "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"

- Artículo 1266. "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la substancia 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 hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

"Los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, se perfeccionan por el mero consentimiento, el cual se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituirlo, y desde ese momento obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe al uso y a la ley, según se preceptúa en los

artículos 1258, 1261 y 1262 del Código Civil. Sin embargo, es nulo el consentimiento que, según el artículo 1265, sea prestado por error, violencia, intimidación o dolo; más, como se precisa en el artículo 1266, 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. La jurisprudencia, en interpretación de este precepto, requiere que el error sea esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen y, precisamente, sea la que de manera primordial fue motivo de la celebración del negocio, atendida su finalidad, y que, además, sea excusable, esto es, que no pudo ser evitado por quien lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito que viene impuesto por los principios de autorresponsabilidad o buena fe - Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003, 12 de noviembre de 2004, 12 de mayo de 2005, 17 de julio de 2006, 11 de diciembre de 2006, 13 de febrero de 2007, 17 de junio y 12 de noviembre de 2010-. En definitiva, el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Es un vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una ciencia inexacta o el de un elemento relevante del contrato, que de ser conocido no se hubiere producido".

(SAP de Pontevedra de 12 febrero del 2014) "Lógicamente, todo contratante que afirme haber sufrido error al contratar debe probar tanto la realidad del error como la esencialidad y excusabilidad del vicio, ya que la normalidad exige partir de que las declaraciones negociales expresan la verdadera voluntad de quienes las emiten.

Con carácter general, STS 21 de noviembre de 2012 sintetiza en su FD 4º la doctrina jurisprudencial en relación al error como vicio del consentimiento en los siguientes términos:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico pensar que un elemental respeto a la palabra dada -"pacta sunt servanda"- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y

someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -:

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

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

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

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras-. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo- exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

*Esta doctrina se reitera en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 2013 , dictada en relación con un contrato de permuta financiera."*

QUINTO.-Legislación aplicable e información bancaria. según la redacción de la **Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores** vigente a la fecha de celebración del contrato que nos ocupa (anterior a la reforma que introdujo la Ley 47/07 , que traspuso las Directivas Comunitarias de Mercados Financieros -Directivas MIFID-),y, en concreto, su art. 79 , la 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, deben, entre otros principios y requisitos a los que han de atenerse en su actuación:

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

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.

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

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.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

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

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

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 [REDACTED] el conocimiento de los resultados del informe.*

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.

Además, hemos de tener en cuenta que, a la fecha del contrato, también se encontraba vigente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005 (LA LEY 1561/2005), de 4 de noviembre.), en cuyo ANEXO, se recoge el "Código general de conducta de los mercados de valores" (aplicable por referencia del art.2) y en cuyo art 5 se establecía que "1. 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 [REDACTED] atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, [REDACTED] y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación [REDACTED] 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. 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.". Además, el

artículo 14 del precitado Real Decreto 629/1993 (LA LEY 1838/1993) regula los "Contratos-tipo" estableciendo que "2. Los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LA LEY 1734/1984), los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. "

Resulta sencillo, pues, llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tienen como objetivo el ser extremadamente puntilloso sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos. El cliente tiene que ser rigurosamente informado, y así de deriva de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril del 2004 (LA LEY 4852/2004), teniendo como objetivo proteger a ultranza al inversor del "oscuro mercado financiero".

En relación a la información que la entidad bancaria debe suministrar la Jurisprudencia establece:

(SAP Valladolid 9-1-2012) " Con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de la Ley 24/1.988 de 28 de julio (LA LEY 1562/1988) del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.N.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, ( artículo 2 L.M .C.). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo..."

(SAP de Zaragoza 19-12-2011) " en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

existencia de un adecuado asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cuales quiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto"

La STS de 8 de septiembre de 2014 concreta la extensión de los deberes leales de información al señalar " responden a un principio general: [redacted] debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos se comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC (LA LEY 1/1889) y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adoptan los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL -cuyo art. 1:201, bajo la rúbrica "Good faith and Fair Dealing" ("Buena fe contractual") dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" (" cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales de negocios, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar "

En estrecha relación con la obligación informativa de la entidad bancaria se encuentra la doctrina jurisprudencial que ha venido poniendo de relieve la posición especialmente privilegiada que, en materia de acceso a la información, ostentan las entidades bancarias, doctrina que se ha de poner en relación con la información que el Banco viene obligado a facilitar al cliente (en especial, la información relativa a los riesgos de la operación) y los principios de profesionalidad de las entidades bancarias y confianza de los clientes, inherentes al principio de buena fe contractual. En este sentido la Jurisprudencia establece ; (SAP Murcia 14-12-2011) "La contratación en el mercado financiero es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia previos. Las entidades financieras se encuentran, por lo general, en una situación de superioridad frente a sus clientes, dado que disponen de mayor información para gestionar sus intereses en este mercado y también para asesorar o recomendar a los clientes la



*contratación de unos u otros productos financieros. Los clientes, por otro lado, confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación, por lo general, duradera, lo que conlleva que el cliente medio se fíe de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, sin confirmar la cualificación profesional del empleado, y sin consultar otras fuentes externas antes de proceder a la contratación sugerida o recomendada. Profesionalidad y confianza son, por lo tanto, dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, lo que conlleva a su vez la exigencia de un estricto deber de información.*

En definitiva, las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

SEXTO.-Caducidad de la acción.

A la hora de valorar la nulidad de los contratos resulta importante diferenciar la nulidad absoluta o radical de la nulidad relativa o anulabilidad. En este caso entiendo que debemos movernos en el ámbito de la nulidad relativa o anulabilidad, puesto que cuando hablamos de nulidad absoluta o bien nos referimos a la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato (art, 1261 CC, consentimiento, objeto y causa, lo que algunos autores denominan en sí inexistencia de contrato), o bien a que el contrato reúne tales elementos esenciales si bien es contrario el contrato a una norma o ley en donde de forma expresa se declare tal nulidad, o bien se aprecia una ausencia de capacidad en los contratantes que implica una ausencia de consentimiento, lo que no sucede en este caso o al menos no ha existido prueba a tal respecto, lo que nos conduce a una posible nulidad relativa o anulabilidad del contrato, regulada legalmente en los arts. 1300 y siguientes de nuestro Código Civil.

En relación a esta nulidad por vicio del consentimiento la parte demandada alega la caducidad de la acción ejercitada.

La Jurisprudencia en relación a la misma establece (SAP Pontevedra 10 de enero del 2017) "Ciertamente nos hallamos ante una acción de anulabilidad en cuanto que el vicio denunciado afecta al consentimiento, pero el contrato realmente existe. De ahí que, efectivamente, la norma aplicable sea el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) , en cuanto previene que la acción de nulidad sólo durará cuatro años y que este tiempo empezará a correr, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 mayo 2008 , expone: "Esta Sala ha declarado con reiteración, entre las más recientes, en sentencia de 9 de mayo de 2007 , que el plazo de cuatro años que fija el art. 1301 para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, según se desprende del art. 1300 del Código Civil (LA LEY 1/1889) , al cual se remite implícitamente el art. 1301 'concurran los requisitos que expresa el art. 1261', es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales no hay contrato ( sentencias de 18 octubre 2005 , 4 octubre 2006 , 6 septiembre 2006 , 28 septiembre 2006 y 22 febrero 2007 )". La cuestión que se plantea es la de determinar el *dies a quo* del cómputo de l [REDACTED] años, habida cuenta de que la demanda se presenta con fecha 28 de abril de 2015.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 junio 2003 , señala: "Dispone el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse, de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones ( sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928 ) y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que «el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato». Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo» y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el

plazo durante el cual se concertó». Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) . Entender que la acción sólo podría ejercitarse «desde» la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta".

Y la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 , itera: "Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato. No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio (LA LEY 2348/2003) , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » ( sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984 ), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 ) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» ( sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983 ). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 : « Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ».

El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTITIA

contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita 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.

Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el 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 Código Civil (LA LEY 1/1889) . La redacción original del artículo 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. 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. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba 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. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, 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. Por ello, 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".

Es idéntica doctrina acogen las sentencias del Tribunal Supremo de 16 septiembre 2015 , 25 febrero 2016 y 29 junio 2016 . "

La Jurisprudencia mencionada, que es recogida asimismo en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero del 2017, interpreta que no se produce la caducidad de la acción hasta transcurridos cuatro años desde que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción relativa al error vicio que se invoca como motivo de anulación, no simplemente los resultados negativos, sino las razones de fondo que permiten la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

De la documental aportada con contestación a la demanda, grupo de documentos 29, se determina que en fecha 23 de julio del 2012 la actora solicitó, el canje voluntario de los valores Santander por Acciones, firmando la actora la correspondiente orden al respecto.

Se ha de tener presente, a los efectos que interesan, que el demandante acude a la conversión voluntaria en acciones de los Valores Santander, en fecha 23 de julio del 2012 sin esperar a que en fecha el 4 de octubre de 2012 se produjera la conversión obligatoria, momento en el que visualizaría y comprendería realmente los riesgos del producto adquirido por medio de un consentimiento viciado por error, y pudiera hacerse cargo del error.

Como consecuencia de la conversión voluntaria solicitada, por los valores Santander la actora recibió acciones del Banco Santander y después de la conversión, recibió beneficios derivados de las acciones como indica el certificado aportado a autos por la parte demandada.

De todo lo anterior cabe concluir que la demandante, en el supuesto de que hubiera sufrido algún tipo de vicio del consentimiento en el momento de suscribir los valores Santander, tuvo que conocer la naturaleza del producto



contratado en la fecha en la que se solicita voluntariamente el canje de los valores por acciones, o ser consciente de que en ese momento el producto del que disponía no coincidía con lo que pensaba había concertado.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Desde esa fecha hasta la presentación de la demanda, 29 de noviembre del 2016, han transcurrido más de cuatro años por lo que la acción está caducada. Aunque se considerase que la fecha a tener en cuenta es la del efectivo canje obligatorio en el mes de octubre del 2012 también habrían transcurrido cuatro años hasta que se presentó la demanda.

Por ello debe de estimarse la excepción de caducidad alegada.

SEPTIMO.-Acción de resolución contractual y de responsabilidad civil ejercitadas.

La acción de resolución de contrato al amparo del artículo 1124 del Código Civil y de indemnización de daños causados al amparo del artículo 1101 del mismo texto legal.

Sobre esta materia la Jurisprudencia establece ( Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo y 15 de julio de 2003 , 18 de octubre de 2004 , 3 de marzo de 2005 , 20 de septiembre de 2006 , y de 5 de febrero y 31 de mayo de 2007 ; RJA 3886 y 4636/2003 , 6571/2004 , 4731/2005 , 8401/2006 , y 730 y 4336/2007 ), "

que no se exige para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución, habiendo abandonado la jurisprudencia, hace tiempo, las posiciones que, de una u otro forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin de contrato.

Por lo tanto, para que proceda la resolución del contrato, es necesario que, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, por una parte, que se aprecie en quien insta la resolución un " interés jurídicamente atendible", lo cual expresa, en sentido negativo, la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta la interés del acreedor en términos sustanciales, o encubre la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio.

Y, por otra parte, es necesario que el incumplimiento de la contraparte se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como " *verdadero y propio* ".

Para determinar, por tanto, si existió un verdadero incumplimiento por parte de la demandada, habrá de acudirse a la legislación aplicable que, en este caso, se entiende que ha de ser la Ley 24/1988, de 28 de julio (LA LEY 1562/1988) del Mercado de Valores con la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (LA LEY 12697/2007), así como el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (LA LEY 1160/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, en aras a fijar la obligaciones de dicha parte en la celebración del contrato.

La cuestión jurídica que en realidad se suscita comprende tanto el alcance de la obligación de información de una entidad de crédito al comercializar un producto como son los valores Santander como, naturalmente, las consecuencias del incumplimiento de ese deber de información en relación con la posible resolución del contrato, cuestión sobre la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en las sentencias nº 385/2014, de 7 de julio, sentencia nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014), para lo que habrá de identificarse, en primer lugar, la naturaleza del servicio prestado por la entidad bancaria y, a continuación, fijar el contenido y alcance del deber de información que para el caso concreto establece la legislación en aras a examinar si la demandada cumplió o no con sus obligaciones, lo que podrá determinar la resolución del contrato.

El artículo 63.1 g) de la LMV establece que se considera servicio de inversión el asesoramiento en materia de inversión, "entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial".

En este sentido, el artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE (LA LEY 8789/2006) que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión señala que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)".

De este modo, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL. (C-604/2011), tendrá la



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTITIA

consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público"

Así pues, para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, es decir, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales, careciendo de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público (artículo 79 bis de la Ley de 20 de enero de 2014 ).

Teniendo en cuenta que se trata de un servicio de asesoramiento personalizado, es aplicable al caso la Directiva 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004) MIFID, sobre mercados de instrumentos financieros, que fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la ley 4/2007, que a su vez modifica la Ley del Mercado de Valores, continuando con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, con la finalidad de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (Artículo 78 bis de la LMV); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece con la finalidad de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financieras y aquellos objetivos.

Con arreglo al artículo 79 LMV, por clientes profesionales ha de entenderse aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

En esta línea el citado artículo 79 bis 6 exige que, cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, como es el caso de autos, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le

convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009, que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación. En otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor, en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente... y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto (art. 79LMV)", postura, así mismo, mantenida en la Sentencia nº 116/2014, de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra .

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

En el caso que nos ocupa se puede entender que la actora era cliente minorista, así se desprende de la prueba practicada, declara en la vista [REDACTED] [REDACTED] que es empleada de Banca y conoce a la actora, manifiesta que [REDACTED] [REDACTED] es una persona con una formación muy elemental y que había que explicarle hasta los conceptos elementales más básicos, le costaba entender los apuntes más elementales de la libreta, asimismo afirma que es una persona con un perfil económico bajo. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], empleada de la demandada, afirma que la actora ha tenido en la entidad fondos de renta fija.

Por ello conforme a la normativa vigente en materia de productos financieros, era necesario que la entidad bancaria tuviese que obtener información sobre los conocimientos y experiencia de la actora para contratar el producto suscrito.





Por lo que se refiere a las obligaciones de información de la demandada en la comercialización de los valores Santander a la demandante;

No constan en las actuaciones las órdenes de compra relativas al producto objeto de este procedimiento.

De la documental obrante en las actuaciones se observa que se aporta el tríptico informativo (documento 3ª de la contestación) en el cual no consta la firma de la actora.

██████████ trabajadora de la entidad demandada, no participó en la comercialización sino en el Canje, habiendo fallecido la persona que en su día realizó dicha comercialización, la misma indica que este producto se ofrece a gente con experiencia en inversiones, y no pude saber si la actora entendía lo que le explicaba en el momento del Canje. Afirma que ella no sabe nada de este producto, desconoce los riesgos del mismo. A su vez afirma que desconoce cuál es el perfil de ██████████ y sus ingresos, supone que sería Agricultora. Afirma que se enviaban desde la entidad cartas informando de la evolución del producto, desconoce cómo se ha enterado la actora de la contratación del producto y del Canje.

Se aporta a autos documento 13, 21, 22, 23 y 24 de la contestación a la demanda las cartas emitidas entre los años 2007, 2008, 2009 y 2012 por Banco Santander informando a los clientes de las vicisitudes de los valores Santander a medida que avanzan los años desde la emisión de los Valores Santander.

De la prueba practicada, atendiendo al perfil y condiciones de la actora, se entiende que la parte demandada incumplió sus obligaciones de asesoramiento.

No se ha acreditado que se haya informado de forma comprensible las condiciones de la actora en el momento de la contratación, se desconoce si efectivamente se le entregó el tríptico aportado y ██████████ carecemos de órdenes de compra.

No se ha acreditado que se haya comprobado las características de la actora para determinar si la misma, ██████████ que no disponía más que de productos de renta fija, era idónea para el producto sobre el que se le estaba asesorando. ██████████

En un momento posterior de la comercialización inicial, la declaración testifical prestada, evidencia que existió una nula información en el canje efectuado, la propia testigo refiere que desconoce el producto, siendo incapaz en la vista de explicar ciertos extremos de la documental del canje en el que la misma ha participado y de los documentos relativos al manual de comercialización del mismo. Lo que evidencia que si la trabajadora de la entidad que debe de asesorar no comprende el producto difícilmente puede explicar el mismo de una forma adecuada a una persona del perfil de ██████████

Es por ello que procede estimar la acción de incumplimiento contractual con las consecuencias inherentes al mismo, que sería la resolución del contrato que se ha suscrito.

De modo que la entidad Bancaria debe de restituir a [REDACTED] el capital invertido (20.000 euros) con los intereses legales desde la fecha de la adquisición del producto.

La actora debe de restituir los títulos adquiridos, así como los intereses y dividendos que hubiera percibido.

OCTAVO.- Se imponen los Intereses del Art 576 de la LEC.

NOVENO.-Costas procesales.

En materia de costas Procesales se aplica lo establecido en el Art 394 de la LEC, en el presente caso estimándose la demanda se imponen las costas a la parte demandada que ha visto desestimadas sus pretensiones.

#### FALLO

SE ESTIMA la demanda interpuesta por [REDACTED] por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] contra BANCO SANTANDER representada por la Procuradora [REDACTED]

Se ACUERDA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO suscrito por [REDACTED] Y LA ENTIDAD BANCO SANTANDER, se Condena a la entidad BANCO SANATANDER A restituir a el capital invertido VEINTE MIL EUROS (20.000 euros) con los intereses legales desde la fecha de la adquisición del producto. La actora debe de restituir los títulos adquiridos, así como los intereses y dividendos que hubiera percibido.  
Se imponen los intereses previstos en el Art 576 de la LEC.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes indicando que la misma no es firme, contra ella se puede interponer Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Así lo acuerdo, mano y firmo.

**Lo anteriormente transcrito concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, extendiéndose el presente en A ESTRADA, a dos de junio de dos mil diecisiete .**

**LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,**