

**UPAD CIVIL - JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1 DE
VITORIA-GASTEIZ**

**ZIBILEKO ZULUP - GASTEIZKO LEHEN
AUZIALDIKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA**

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª Planta - CP./PK: 01008
TEL.: 945-004871
FAX: 945-004927

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-16/012145
NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2016/0012145

Pro.ordinario / Proz.arrunta 864/2016 - D

SENTENCIA Nº 145/2017

En Vitoria, a 8 de mayo de 2017

Vistos por mí, D^a. Mónica Basurto Garrido, magistrada del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Vitoria los precedentes autos del juicio ordinario nº 864/16 en los que son partes:

DEMANDANTE: D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED]
asistidos de la letrada Sra. Gracia y representados por la procuradora Sra. Gomez

DEMANDADA: Banco Santander, S.A. asistida por el letrado Sr. Fernandez de Retana y representada por la procuradora Sra. Damborenea.

Versa la litis sobre nulidad/anulabilidad/responsabilidad de la orden de compra y suscripción de "Valores Santander".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4/10/2016, la Sra. Gomez, procuradora de los tribunales y de D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] interpone ante este tribunal demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A. alegando los hechos en que se basa, con los correspondientes fundamentos de derecho que ha tenido por

conveniente y suplicando se dicte sentencia por la que estimándose la demanda se decrete lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO. En fecha 10/10/2016 se dicta decreto admitiendo a trámite la citada demanda y se ordena su traslado a la parte demandada para que la conteste en el plazo de veinte días con los apercibimientos legales oportunos.

TERCERO. En fecha 14/12/2015, Banco Santander, S.A., a través de su representación procesal contestó a la demanda solicitando la desestimación íntegra de la misma.

CUARTO. Por la diligencia de ordenación de 19/12/2016 se señaló el 13/3/2007 para la celebración de la audiencia previa, siendo que la misma se celebró con el resultado reflejado en el CD de la grabación de la vista y se fijó el día 8/5/2017

QUINTO. Llegado el día, la vista se celebra y tras la práctica de la prueba admitida en la audiencia y tras la exposición de los informes de las partes quedan conclusos los autos para sentencia.

Del juicio se procede a la grabación de la vista

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] a través de su representación procesal, interponen demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A. interesando que se declare la nulidad absoluta de la orden de compra y suscripción de los "Valores Santander" que las partes concertaron en septiembre de 2007 y que terminó ejecutándose en fecha 4/10/2007, así como el canje obligatorio llevado a efecto el 4/10/2012, debiéndose restituir todos los efectos al momento

anterior a la firma, que se condene a la demandada al pago 100.000€ con la obligación recíproca de restituirse los cargos y abonos efectuados por razón de dicho, con devolución a la demandada de las acciones en las que se han convertido los valores y los intereses netos percibidos por este producto; asimismo se interesa la condena de la demandada al pago de los intereses a contar desde la fecha de la formalización del contrato y la aplicación de los intereses procesales de mora del art. 576LEC, y todo ello con imposición de costas de la demandada.

Subsidiariamente, se solicita por la parte actora la anulabilidad, por vicio en el consentimiento, de la orden de compra y suscripción de los “Valores Santander” que las partes concertaron en septiembre de 2007 y que terminó ejecutándose en fecha 4/10/2007, así como del canje forzoso de 4/10/2012, debiéndose restituir todos los efectos al momento anterior a la firma, y así que se condene a la demandada al pago 100.000€ con los intereses legales y con la obligación de restituirse los cargos y abonos efectuados por razón de dicho contrato, con los intereses de cada uno de estos conceptos.

Y en defecto de todo lo anterior, interesa la parte actora la indemnización prevista en el art. 1.101 CC por el cumplimiento negligente de la demandada de sus obligaciones en cantidad equivalente a la del capital invertido más los intereses legales desde la fecha de la inversión incrementado en dos puntos desde la sentencia, si bien, a esta cantidad habrá de detraerse los intereses recibidos por la parte actora en atención a este producto financiero

Por su parte, Banco Santander, S.A. interesa la desestimación de la demanda, toda vez que entiende que no concurre causa de nulidad ni de anulabilidad, siendo que no se puede apreciar la existencia de un error en el consentimiento de la parte actora, ya que la misma fue informada debidamente sobre el producto, y de sus propios actos al percibir puntualmente los intereses resulta que la misma era conocedora del producto contratado, resultando que el banco ha cumplido con todas las obligaciones que al respecto de atañían. Asimismo, alega la caducidad de la acción ex art. 1301CC, siendo que D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] acudieron al canje voluntario de acciones en fecha 4/7/2012

SEGUNDO. D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] ejercitan acción de nulidad de pleno derecho por infracción de las normas imperativas, falta de consentimiento error obstativo, subsidiariamente la acción de anulabilidad por vicio en consentimiento y en defecto de la anteriores resolución contractual.

Pues bien, se suele definir el contrato nulo, con nulidad radical y absoluta o de "pleno derecho" como aquel que no produce efectos, sanción que el ordenamiento jurídico preceptúa para un negocio que no debía haberse realizado. El contrato tachado de nulo, "no vale" jurídicamente y no valdrá nunca, por lo tanto no puede producir ninguno de los efectos correspondientes al tipo negocial.

Como supuestos orientativos de nulidad contractual pueden mencionarse los contratos que no reúnan los requisitos exigidos por el art. 1.261 CC, falta de consentimiento, objeto o causa; aquellos contratos cuya causa sea ilícita o sea ilícito el objeto o esté tal objeto totalmente indeterminado; los que carecen de la forma exigida excepcionalmente para la validez del contrato, forma ad solemnitatem; aquellos en que los contratantes traspasan los límites de la autonomía privada, infringiendo una norma imperativa o prohibitiva, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (art. 1.255 y 6.3 CC.). En este grupo se incluyen aquéllos contratos o pactos que son contrarios al orden público.

La ineficacia del negocio jurídico nulo, que tiene carácter definitivo e insubsanable, es intrínseca. Se dice que el contrato nulo no precisa impugnación, ni declaración judicial de la nulidad, opera ipso iure y erga omnes. Afirmación que siendo cierta no impide que si ha surgido una cierta apariencia negocial sea conveniente (e incluso necesario si alguien sostiene su validez), solicitar la intervención judicial, teniendo que ser probada la causa de nulidad por quien la mantenga, pudiendo ser ejercitada la acción por los terceros perjudicados. De todos modos, los Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la nulidad de un contrato, aunque la parte a quien beneficie no la haya solicitado, cuando constaten la ineficacia más radical. La sentencia será meramente declarativa, por lo tanto, la acción para solicitar la nulidad absoluta no prescribe ni caduca y se dará respecto de todos, aunque también esta última afirmación debe matizarse.

Según la jurisprudencia los contratos anulables aunque válidos y eficaces, están aquejados de un vicio o defecto que provocará su invalidez y consiguiente ineficacia, si quien está legitimado para ello lo solicita, en el plazo legalmente establecido. El contrato anulable es inicialmente eficaz, si bien con eficacia claudicante, pues lleva en sí, originariamente, el germen de su propia destrucción. Cuando prospere la impugnación, el contrato será considerado inválido retroactivamente, es decir, desde el momento de su celebración.

El contrato nulo es ineficaz inicialmente y para siempre (sin perjuicio de que produzca otros efectos, distintos a los que tendría que haber producido). En el contrato anulable la ineficacia es sobrevenida, aunque su causa sea inicial.

La anulabilidad es una medida protectora del contratante que ha sufrido un vicio en su voluntad contractual (violencia, intimidación, error o dolo) o de quien contrata sin tener capacidad suficiente para ello (menor de edad, persona incapaz) o de uno de los cónyuges cuando el otro contrata sin su consentimiento y este consentimiento sea preceptivo.

Como se trata de un medio de protección de intereses particulares, la acción de anulación se concede exclusivamente a la persona a quien se trata de proteger y tiene un plazo de ejercicio que es de cuatro años (art. 1.301.CC.). La misma persona que esté legitimada para impugnar el negocio puede confirmarlo, convirtiéndolo en válido y plenamente eficaz con efectos retroactivos.

Partiendo de la tesis de la validez y eficacia claudicante del contrato anulable, éste puede producir los efectos propios del contrato de que se trate, en tanto no sea anulado. Ahora bien, durante el tiempo durante el cual puede ejercitarse la acción de anulación el contrato está pendiente de la eventual impugnación, por lo tanto, para la producción de ciertos efectos es admisible solicitar la confirmación expresa; y la ejecución del contrato supondrá en ciertos casos confirmación tácita.

Si el contrato se impugna, los efectos producidos deben caer con carácter retroactivo, como si el contrato no se hubiera realizado nunca. Si el contrato se confirma, queda purificado de los vicios de que adolecía, desplegando todas sus consecuencias con efectos retroactivos, como si siempre hubiera sido válido, dentro de lo posible; evidentemente, los efectos ya producidos se mantienen.

Se dice que el contrato anulable, una vez anulado produce las mismas consecuencias que el contrato nulo. Sin embargo, no las producirá siempre idénticas. No es exactamente lo mismo la ineficacia con efectos retroactivos, que la falta de eficacia inicial. Por eso, la posibilidad de anulación está ligada, en buena medida, a la posibilidad de restitución, lo que no sucede tratándose del contrato nulo que no es susceptible de convalidación. La anulación depende, en ocasiones, de la posibilidad de restauración de la situación primitiva, de la posibilidad de retroacción de los efectos, para que todo vuelva a ser como si el contrato no se hubiera realizado, siendo que como hemos indicado la diferencia sustancial, en lo que aquí interesa, entre nulidad radical y anulabilidad se contrae a la imposibilidad de que la acción en la que se ejercite la primera pueda verse afectada de prescripción o caducidad alguna, y sí, en el plazo de cuatro años, la segunda.

TERCERO. Tal y como hemos señalado, se ejercita en primer lugar por la demandante una acción de nulidad radical o absoluta de la orden de compra de los Valores Santander, por infracción de normas imperativas artículo 6.3CC, entendiendo por tales las citadas en su escrito de demanda reguladoras del deber de información que recae sobre la entidad demandada y que a juicio de la parte actora ha sido incumplido por esta.

Pues bien, como señala la STS de 27 de febrero de 2004 *"El art. 6.3 del Código Civil solo contiene una norma medial, que requiere el soporte de una disposición que, conculcada, permita sentar el efecto previsto en aquella, pues no toda infracción normativa acarrea la nulidad del acto jurídico; esto es, como ya señaló esta Sala en Sentencia de 29 de octubre de 1.990 (con cita de las de 26-7-86 y 17-10-87), "el art. 6.3 CC no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad de los actos jurídicos, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios en la ley en tres distintos grupos: a) aquellas cuya nulidad se finida en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; b) actos contrarios a la ley, en los que ésta disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérsele validez a tales actos contra legem, y c) actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrario y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público"*. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.005.

Lo cierto es, sin embargo, que el incumplimiento del deber de información acerca de los riesgos que comportaba la contratación de las obligaciones subordinadas, que venía impuesto por la LMV, RD 629/1993, y art. 8.d, 12.1, 18.2.e y 60 del TRLGDCU, no puede determinar en éste caso por sí solo la nulidad del contrato, pues en ninguna de dichas normas se contempla el efecto anulador del incumplimiento del deber de información y, como hemos dicho antes, en la valoración de los riesgos propios del producto y la incidencia que la falta de información pueda tener en la consciencia del cliente sobre su existencia, se han de tener en consideración las condiciones subjetivas de éste y las objetivas del producto contratado, de modo que, por sí sola, la falta de información no determina la existencia del error, y menos aún puede determinar la nulidad radical del contrato, pues es sólo un factor a tener en cuenta en la valoración de la prueba acerca del grado de desconocimiento que el cliente pudiera tener, al tiempo de contratar, sobre la verdadera naturaleza y los riesgos del producto contratado, pues el efecto pernicioso de la falta de información puede ser suplido por el conocimiento que el cliente pueda tener "ex ante" del producto (STS 20 de enero de 2.014) y/o por la escasa diferencia que el producto pudiera

presentar en relación con aquel que el cliente se propuso contratar. Esta doctrina jurisprudencial es de clara aplicación al presente caso, en el que la alegación de nulidad radical o absoluta se fundamenta también en la infracción de normas reguladoras del mercado de valores, del deber de información de las entidades bancarias y de la legislación protectora de los consumidores y usuarios, cuya eventual infracción, como señala la Sentencia citada, no basta por si sola para declarar la nulidad radical del contrato.

Fundamenta también la actora su pretensión de nulidad radical o absoluta del contrato litigioso en que la falta de información sobre el mismo ha dado lugar a un error obstativo y a la consiguiente total ausencia de consentimiento contractual. En relación a esta figura jurídica del error obstativo, se ha venido distinguiendo entre el error vicio, que es aquel que constituye una creencia inexacta o una representación equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada, y el error obstativo, en el que hay una falta de voluntad porque, o bien no se quería declarar y se hizo, o bien se ha producido un lapsus que ha dado lugar a una discrepancia entre la voluntad interna, correctamente formada, y la declaración de la misma, discrepancia que excluye la voluntad interna y que hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales. En el caso que nos ocupa no se da el supuesto determinante del error obstativo, pues lo que en realidad se dice en la demanda es que la demandante contrató un producto distinto de aquel que se había representado, en concreto que contrató un producto complejo y de riesgo creyendo que se trataba de un depósito garantizado. En definitiva, que existió consentimiento contractual pero viciado por el error sobre el objeto y naturaleza del contrato que se estaba celebrando, lo cual constituye un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad por vicio de consentimiento, pero no de nulidad radical por ausencia de consentimiento, pues éste existe, aunque esté fundado en una creencia inexacta.

En definitiva, no nos encontramos en ninguno de los supuestos de nulidad radical del contrato, pues la orden de compra no se encuentra entre los contratos que sean contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, no cabe apreciar la imposibilidad jurídica de su objeto ni concluir que participe de una causa ilícita, por lo que la acción de nulidad radical no puede prosperar, siendo cuestión distinta a la nulidad es que la demandada haya omitido su deber de información provocando el error vicio del consentimiento, acción de anulabilidad que no se ejercita de manera subsidiaria por la parte actora.

CUARTO. La acción que se ejercita de forma subsidiaria en la demanda es la de anulabilidad por vicio del consentimiento al tiempo de contratar, error propiciado por la falta de información suficiente por la entidad bancaria demandada acerca de la naturaleza del producto de que aquí se trata.

La primera cuestión que debe resolverse es la excepción de caducidad de la acción de nulidad por vicio de consentimiento alegada por Banco Santander, S.A.. Según el artículo 1301 del código civil la acción de la acción de nulidad relativa o anulabilidad está sujeta al plazo de caducidad de cuatro, que para los supuestos de error o dolo comenzarán a correr desde la consumación del contrato, por lo que es necesario determinar el momento en que se ha consumado el contrato para saber cuándo empieza a computarse el plazo de caducidad de la acción.

Para resolver esta cuestión debe partirse de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 y 25 de febrero de 2016 que determina cual debe ser el día a quo para el cómputo del plazo de caducidad en relación con contratos financieros o de inversión complejos cuando se ejercita la acción de nulidad por error o dolo en el consentimiento.

Así la primera sentencia señala que *“Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio de 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 y como establece el art. 3 del Código Civil. 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 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".

Esta doctrina jurisprudencial fue confirmada en la STS de 7 de julio de 2015.

En el presente supuesto, con la firma del contrato no se agotaron sus efectos. La consumación del contrato se produce en julio de 2012, cuando, D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] acudieron al canje voluntario que Banco Santander, S.A. les ofreció, antes de que se cumpliera la finalidad para la cual se habían emitido los "Valores Santander", siendo que es en este momento cuando la parte actora pudo tener un conocimiento completo del tipo de contrato suscrito y de sus efectos, pues es a partir de esta fecha cuando se convierten en titulares de las acciones y la relación jurídica continúa con las características propias de una adquisición de acciones, y por ello cuando pueden ser conscientes en su caso del error padecido en cuanto a las características y riesgos del producto financiero contratado. Luego la acción ejercitada está caducada había cuenta de que la fecha de la presentación de la demanda es 4/10/2016.

QUINTO. Atendiendo a lo expuesto, y en cuanto a la pretendida responsabilidad contractual derivada de la orden de compra, la cuestión central a analizar no resulta ser sino la relación que vincula a las partes litigantes, el marco normativo de la misma y la concurrencia del error de la actora ante la falta de debida información por parte de la entidad demandada, siendo que se debe traer aquí a colación al STS de 20/1/2003 conforme a la cual *"el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el «mercado de valores», al llamado contrato de «comisión bursátil»; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las «normas de conducta» (Título VII) que disciplinan su*

actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad".

Al efecto ha de indicarse, que 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, principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, concediéndose por demás un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, tal y como sucede en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios cuyo artículo 3 y bajo la rúbrica "*Concepto general de consumidor y de usuario*", contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "*A los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la parte actora, siendo igualmente de significar como uno de los derechos básicos del consumidor no es sino la adecuada y correcta información acerca de los diferentes productos y servicios.

En tal sentido, y en el ámbito de la contratación bancaria, el legislador y la jurisprudencia, conscientes de la posición de debilidad del cliente en tanto se enfrenta generalmente a un contrato de adhesión, son especialmente rigurosos a la hora de valorar la actuación de la entidad bancaria en todas las fases de la contratación y especialmente en lo referente a la información que se suministra, cuya ausencia o insuficiencia puede dar lugar a que el cliente se represente una realidad distinta de la que resulta del contrato firmado. El marco legal viene constituido de manera fundamental por la Ley 47/2007, de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores (Ley 24/1988), norma que introduce la distinción entre clientes profesionales y minoristas y ello a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis), reiterando el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales. De entre las normas que regulan la información al cliente, interesa aquí destacar la indicada en el art. 79 bis 3, referente a la fase precontractual: "*se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita*

comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa." Esta información podrá facilitarse en "formato normalizado" y debe incluir *"La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias"*. De igual manera el art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, indica que la empresa de servicios de inversión, entre las que se incluyen las entidades de crédito, que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones: a) Obligación de obtener 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 aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan, b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información, c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente, d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él sí, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera, e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Ciertamente en la fecha de la contratación, septiembre de 2007, aun no resultaba de aplicación la Ley 47/2007, lo cual no significa que al tiempo de suscripción de los contratos la actora estuviera desprovista de una normativa tuitiva de su posición, esencialmente en lo que afecta a la necesaria información previa y la apreciación de la conveniencia de la inversión, dado que con anterioridad a la trasposición de la Directiva 2004/39/CE a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación del información, siendo de significar como la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007 imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, con mención expresa a las entidades de crédito, de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, sucediendo igualmente que el Real Decreto 629/1993 sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios vino a

disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, añadiendo que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, con todo lo cual se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos, existiendo por ende análoga obligación para la entidad bancaria demandada.

Llegados a este punto se debe señalar que el conforme al art. 1.101 CC, el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable, en este caso, el daño sería la pérdida del capital invertido con la suscripción de los “Valores Santander” por la parte demandante por indicación/recomendación del asesor del banco.

Así, cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero puede constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad, siendo que el incumplimiento por el banco del estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le es exigible al proponer a la cliente la adquisición de determinados valores que han resultado ser valores complejos y de alto riesgo sin explicar que no es coherente con su perfil constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes.(STS 30/12/2014, 18/4/2013), resultando que es en el ámbito de la relación de asesoramiento que existió en el momento de la contratación de la orden de valores lo que llevó a D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] a invertir en los “Valores Santander”

De igual manera ha de señalarse ya desde ahora que, cuestionada la realidad del cumplimiento de tal obligación de información, es a la entidad demandada a quien corresponde acreditar que la misma ha tenido lugar, ya que el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es del profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible 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 éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

SEXTO. Expuesto el anterior marco normativo, para resolver adecuadamente la controversia planteada en esta Litis debemos partir de una serie de hechos que deben ser considerados como probados a tenor del conjunto de las pruebas practicadas en los presentes autos comenzando por el hecho reconocido, por ambas partes, de que la entidad demandada, Banco Santander, lanzó una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones de la entidad financiera holandesa ABN Amro y para financiar dicha operación emitió el 4 de octubre de 2.007 los denominados "Valores Santander", estando esta emisión vinculada a la operación descrita por lo que su evolución posterior quedaba también ligada al resultado de esta operación de tal manera que:

1) Si no se adquiría ABN AMRO los valores serían amortizados en fecha 4 octubre 2008, devolviéndose a los inversores el principal invertido más un interés fijo de 7,30%;

2) Si se adquiría ABN AMRO, los valores se convertían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones, devengándose un interés anual del 7,30% el primer año y el Euribor más 2,75% los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del banco, que podía efectuarse, bien anualmente (cada año a partir de octubre de 2007) a iniciativa del inversor, esto es, de forma voluntaria, o bien obligatoriamente, transcurrido cinco años (4 de octubre de 2.012) desde la emisión del producto, conforme a un valor o precio de conversión determinado al inicio.

El precio de referencia para el canje de los Valores Santander en acciones se encontraba predeterminado y así se indicaba en el Tríptico informativo registrando ante la CNMV y aportado como documento número 8 del escrito de contestación a la demanda.

Aprobado el folleto y el correspondiente tríptico por la CNMV, el demandante suscribió los referidos Valores Santander rubricando la correspondiente orden de compra por un valor nominal de 50.000, si bien, la orden de compra no se ha aportado.

No se niega por el actor la recepción del Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV

En julio de 2.012 y dado que el actor optó por la conversión voluntaria de las obligaciones en acciones se procedió a su canje voluntario y los 20 “Valores Santander” se convirtieron en 2781 acciones del Banco Santander

SEPTIMO. Conforme al artículo 401.2 de la Ley de Sociedades de Capital, las obligaciones, o bonos, son valores emitidos en serie o en masa, mediante los cuales la sociedad emisora reconoce o crea una deuda de dinero a favor de quienes los suscriben. Son valores de financiación con los que el emisor obtiene recursos financieros a título de crédito que, por tanto, deberá restituir en el momento de su vencimiento.

Lo característico de la operación radica no en el contenido del contrato sino en su forma de documentación: el derecho de crédito del obligacionista frente a la sociedad emisora se incorpora a un valor representativo de una parte alícuota de la cantidad total del préstamo, que se caracteriza por su negociabilidad y su aptitud para ser transmitido libremente sin necesidad de notificación al deudor. El crédito se fracciona así en una pluralidad de valores que incorporan unos derechos comunes y uniformes frente a la sociedad emisora, y que pueden ser fácilmente negociados en mercados organizados. Al igual que las acciones, las obligaciones tienen la consideración legal de valores mobiliarios o negociables y pueden estar representadas por medio de títulos o anotaciones en cuenta (artículo 412.1 LSC), aunque esta última forma de representación es obligatoria para las obligaciones que coticen en un mercado de valores (artículo 496.1 LSC). La acción o participación es una parte alícuota del capital que atribuye al titular derechos corporativos o de socio, y, entre ellos, participar en los eventuales benéficos sociales, por lo que habitualmente se caracterizan como valores de renta variable o participativos. En cambio, la obligación es una parte alícuota de un crédito que confiere a su titular la condición de acreedor e incorpora el derecho a percibir un interés periódico y a obtener la restitución del principal, definiéndose como valores de renta fija, de deuda o no participativos.

Existen clases de valores en los que estas diferencias aparecen difuminadas (acciones privilegiadas con derecho a un dividendo fijo, obligaciones con participación en beneficios) o que permiten el tránsito entre ambas (obligaciones convertibles en acciones). El reembolso de las obligaciones deberá realizarse por la sociedad emisora en el plazo convenido, conforme al plan o cuadro de amortización fijado en el momento de la emisión. Pero existen otras formas posibles de rescate que, al tener lugar al margen del plan de amortización o en fecha distinta a la de su vencimiento normal,

podrían calificarse de impropias o extraordinarias. Se trata del pago anticipado de las obligaciones que pueden haberse previsto en la escritura de emisión, como facultad de la sociedad emisora o resultado de un convenio entre la sociedad y los obligacionistas; de la compra en bolsa de las obligaciones a efectos de amortizarlas; o de la conversión de las mismas en acciones; aunque en este caso, al transformarse la condición de acreedor por la de accionista, se exige el consentimiento individual de las obligacionistas (artículo 430 LSC). Las obligaciones convertibles en acciones son una simple modalidad de obligaciones que incorporan un derecho de crédito frente a la sociedad emisora y que, en caso de no ser convertidas, deben reembolsarse en la fecha de su vencimiento. Su característica principal consiste en la facultad que otorgan a sus tenedores para optar, como alternativa a la restitución de la suma prestada, por la conversión de las obligaciones en acciones, en los periodos y de acuerdo con la relación de conversión que la sociedad emisora ha establecido. La conversión se concibe legalmente como una facultad del obligacionista, que puede optar entre conservar su originaria posición de acreedor, esperando la normal amortización de los valores, o integrarse en la sociedad como accionista mediante la conversión de los mismos en acciones, aunque nada impide configurar la conversión en términos forzosos u obligatorios, en cuyo caso la emisión de obligaciones convertibles opera en realidad como un aumento de capital diferido en el tiempo. Por ello no pueden emitirse por una cifra inferior a su valor nominal ni ser convertidas cuando este valor nominal sea inferior al de las acciones que correspondan según la relación de cambio (artículo 415 LSC), garantizándose así el principio de integridad del capital social. Junto a las medidas de protección atribuidas con carácter general a todos los obligacionistas, los tenedores de obligaciones convertibles tienen otros instrumentos de tutela específicos que tratan de salvaguardar su posición de socios potenciales, evitando que la sociedad pueda alterar el contenido económico del derecho de conversión mediante operaciones con efecto reflejo e indirecto sobre el valor de las acciones destinadas a los obligacionistas. Así, si la sociedad realiza un aumento de capital con cargo a reservas, se exige la modificación de la relación de cambio de las obligaciones por acciones en proporción a la cuantía del aumento (artículo 418.2 LSC). Del mismo modo, la sociedad no puede acordar una reducción de capital con devolución de aportaciones, salvo que con carácter previo reconozca a los obligacionistas la facultad de ejercitar su derecho de conversión (artículo 418.3 LSC).

En el caso que nos ocupa el contrato litigioso se refiere a la adquisición de un producto denominado "Valores Santander". La emisión de los citados valores, según el tríptico de condiciones, se realizó en el marco de una oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de la entidad financiera ABN AMRO Holding. Durante los meses de junio y julio de 2007 se formó un consorcio bancario entre las entidades Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis para adquirir la entidad financiera ABN AMRO. Para financiar esta operación Banco Santander emitió el 4/10/2007, a través de Santander Emisora 14 0 S. A. Unipersonal, (íntegramente participada por Banco Santander SA), un total de 1.400.000 valores, de única serie y clase, con un valor nominal unitario de 5.000 € (en consecuencia, el importe total de la emisión alcanzaba los 7.000.000.000 euros), emitidos a la par, esto es, por su valor nominal, garantizando el Banco Santander SA.

Los valores tenían diferentes características en función de si el consorcio llegaba o no a adquirir ABN AMRO mediante la OPA, estando ligados al resultado de dicha operación, de forma que si llegado el día 27 de julio de 2008, la OPA no prosperaba, y por ello no se adquiría dicho banco, los valores serían un valor de renta fija y se amortizarían el 04.10.2008 con una remuneración del 7,30 % nominal anual (7,50 % TAE), sobre el valor nominal de los valores y serían amortizados en efectivo con reembolso de su valor nominal y la remuneración devengada y no pagada.

Por el contrario, sí antes del 27 de julio de 2008 la OPA prosperaba y el Consorcio adquiría ABN AMRO, como así ocurrió, Banco Santander S.A, estaba obligado a emitir obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008. Los valores se canjearían por obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones). En caso de emitirse estas obligaciones, los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles y éstas, a su vez, eran obligatoriamente convertibles en acciones de la nueva emisión del Banco, de manera que en ningún caso se produciría el reembolso en metálico. Cada vez que se producía un canje de valores, las obligaciones necesariamente convertibles que recibieran los titulares de los valores canjeados serían automáticamente convertidas en acciones del Banco Santander.

El canje podía ser voluntario u obligatorio. El primero quedaba sujeto a la decisión de los titulares de los valores y podía llevarse a cabo necesariamente los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011; o bien, no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración (ausencia de beneficio distribuable o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles al banco) o siendo las restricciones previstas parcialmente aplicable, la sociedad emisora optase por no pagar la remuneración y abrir un periodo de canje voluntario. El segundo, el obligatorio, tendría lugar el 4 de octubre de 2012, o bien, antes en los supuestos de liquidación o concurso del emisor o Banco Santander o supuestos análogos. Así, 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 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 devengarla la remuneración, en caso de ser declarada, sería el Euribor más 2.75 %, pagadero trimestralmente 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. 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 para el canje de los Valores en acciones quedó predeterminado o fijado en octubre de 2007. Así dicho precio de referencia de las acciones del Banco a efectos de conversión, quedó establecido en 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 correspondía 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 €) por el precio de referencia antes indicado (16,04 €).

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, es decir, de entrada, teniendo en cuenta que el precio de adquisición de las acciones se fijó en un 116%, la inversión suponía una pérdida del 16% de la inversión que quedaría minorada con los intereses fijos cobrados antes de la conversión en acciones y en su caso con la posible revaloración de las acciones que pudiera experimentar cuando se convirtieran las obligaciones en acciones. El precio de referencia a efectos de conversión, inicialmente fijado en 16,04 euros, ha venido siendo minorado como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital del banco. Por ello, el precio de referencia definitivo al que se canjearon los valores el día 4 de octubre de 2012, fue de 12,96 euros. Los valores convertibles no tenían el capital garantizado y estaban llamados a convertirse automáticamente en acciones a una

fecha determinada, retribuyéndose a un interés fijo hasta que se produjese la conversión.

El producto 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, y tenían la solvencia del Banco Santander.

La complejidad de este producto se encuentra 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.

OCTAVO. Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores.

Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 2016 , si bien no referida a este producto sí a otro de otra entidad bancaria con similar funcionamiento, y referido tanto a la complejidad de los bonos convertibles necesariamente en acciones como al contenido de la información que debe darse al cliente declara: " 2.- *En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.*

3.- *El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión*

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. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas."

NOVENO. D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] de 75 años edad el primero en la fecha de contratación, con estudio primarios y habiendo sido taxista, concertó en septiembre de 2007 una orden de valores para la adquisición de 20 “Valores Santander” que suponían una inversión de 100.000€, cuyo origen radica en la venta de la licencia de taxi.

Banco Santander, S.A. sostiene que D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] tenían un claro perfil inversor, ya que con anterioridad había contratado fondos de inversión, acciones incluso aportaciones financieras subordinadas, que se facilitó el tríptico informativo y además se firmó la orden de valores y sus anexos. Por el contrario, el Sr. Esteban, empleado de la entidad que informó la adquisición de los valores Santander, manifestó que él no entregaba el tríptico informativo, que la explicación era verbal, que desconocía cuál era la finalidad de este producto y las consecuencias que sobre el producto tenía la compra o no del banco ABN Amor, que no sabía que hubiera ventanas para el canje voluntario de los valores, que ni siquiera él se leyó el folleto informativo y que las explicaciones que facilitó al cliente lo fueron sobre la base de los datos que a ellos les trasladaron sobre el producto.

Pues bien, nos encontramos con un producto atractivo para el cliente por el interés que ofrecía pero cuyo resultado se encontraba condicionado por el carácter convertible de los bonos ya que a su vencimiento no se devolvía el capital invertido sino acciones del propio Banco, y no acciones a la cotización de mercado en ese momento (en el del vencimiento/canje voluntario) sino al precio ya establecido de antemano en el contrato; la particularidad radicaba, en función de esa circunstancia, en que si las acciones caían (y no parece descartable que los estudios financieros de una entidad bancaria de la magnitud de la demandada así no lo previeran) el cliente adquiriría acciones sobrevaloradas con pérdida del dinero, como efectivamente así ocurrió, pues el canje se marcó en 12,96 euros la acción cuando la cotización de la acción se encontraba marcaba en un precio sensiblemente inferior.

Como fácilmente se advierte el riesgo de la operación, de la financiación de la compra del Banco holandés por la demandada, se trasladó por el Banco al cliente; es decir, el producto fue un préstamo al Banco Santander para que comprara acciones de otro Banco a cambio de unos intereses periódicos altos asumiendo el riesgo indirecto del accionista, de modo que la demandada adquirió ese otro Banco pero soportando las pérdidas de la operación sus clientes. Por lo demás, se trataba no ya de un producto de riesgo bajo o mediano sino de un alto riesgo por los elevados niveles de volatilidad de las acciones a cuya cotización se supeditaba el canje y, en definitiva, el resultado de la inversión y de la operación, que se solapaba a través de una operación compleja que nada tiene que ver con una simple adquisición de acciones fácilmente comprensible aunque con un alto riesgo. Es decir, la complejidad de una operación financiera no está totalmente correlacionada con el mayor o menor nivel de riesgo potencial, sino con su contenido y estructura, pues por ejemplo las acciones del Ibex incluyen un alto nivel de riesgo pero integran un producto fácilmente comprensible y asequible a cualquier persona aunque no tenga formación financiera, y en el presente

caso, sin embargo, se enmascaraba o articulaba esa operación fácil de comprender (es decir, la inversión mediante la compra de acciones con la asunción del riesgo correlativo) a través de un instrumento indudablemente complejo (basta con leer el tríptico de la operación para advertir esa complejidad sobre todo para una persona con la formación de la parte actora) con el ofrecimiento de un interés inicial alto por medio de bonos como medio para hacer atractivo el producto, a pesar de que de entrada suponía la pérdida de un 16% del capital invertido, lo cual supone que los intereses que el cliente iba a percibir tuvieran que compensar esta pérdida, por lo que los intereses del TAE del 7,50% durante el primer año y Euribor trimestral +2,75% en los restantes años no eran efectivos.

En este sentido, la entrega del tríptico no sirve para entender que el cliente está informado, pues no se trata de facilitar documentación para que el cliente se pueda informar sino de que el banco realmente le informe. En este sentido es irrelevante que D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] leyera el tríptico, cosa que ni el empleado de la demandada hizo, pues si la entrega no iba acompañada de la correspondiente explicación difícilmente podrían entender lo que en ella se recoge, siendo que la información que debe facilitar el banco debe ser de manera comprensible adecuada e incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los distintos instrumentos financiero que se ofrezcan al cliente. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular, las correspondientes preguntas o buscar asesoramiento externo. Sin conocimientos expertos, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante y pese a no entender la compleja descripción del producto financiero contratado, podía confiar legítimamente que se trataba del producto que le interesaba y que no implicara riesgos de los que no hubiera sido informado adecuadamente y con suficiente antelación.

Asimismo, el documento en el que se manifiesta interés en conocer las características detalladas de los valores subordinados convertibles en acciones (doc 4 contestación demanda) no es sino un documento lleno de menciones predisuestas por la entidad bancaria, vacías de contenido real. Otro tanto se debe decir del doc. 3 de la contestación a la demanda, donde se indica por el cliente que tras haber sido informado de las características y riesgos del producto he decidido a proceder una vez hecho mi propio análisis a suscribir, pues, en línea como lo argumentado por el Tribunal Supremo en la ya indicada sentencia de 12 de enero de 2015, se tratan de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido real al resultar contradicha por los hechos. 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.

Por otro lado, no puede considerarse aplicable el art. 1311CC por el mero hecho de que se recepcionara sin reacción los extractos del producto, la información remitida al inversor con posterioridad a la suscripción de la emisión, pues tal actuación en ningún caso se puede entender como reconocimiento tácito de que se había incurrido en un error pero que aceptaba la continuidad de la relación, siendo que el transcurso de años hasta la reclamación no es indicio de la ratificación del contrato, puesto que el error puede haberse mantenido durante todo este tiempo, siendo la esencia de la confirmación la voluntad de mantener el contrato pese a ser conocedor de que se incurrió en el defecto que afectaba a la voluntad.

En conclusión ni las explicaciones que les dieron sobre el producto, ni el tríptico, el cual contiene locuciones no sencillas ni compresibles para una persona de escaso nivel de formación y nulo conocimiento en finanzas tales como “emisión sin ratin, carácter subordinado de la garantía, recursos propios básicos, rango de valores etc...” cumplen las exigencias de información que se ha determinado que corresponden a la entidad demandada, lo cual hace poner seriamente en duda que D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] pudieran formarse un criterio sobre la conveniencia de la inversión, ya que no se informó debidamente de los riesgos de este producto ni de la incidencia real que la compra del banco holandés tenía en este producto, sobre el cual, Banco Santander, S.A. realizó una campaña de marketing muy agresiva que le permitió vender este producto por un total de 7.000 millones de euros en apenas 10 días hábiles (20/9/2007 al 3/10/2007).

En suma, la ausencia de cumplimiento del deber de información por parte de la entidad intermediaria a su cliente en la contratación del producto financiero, supone una vulneración por parte de aquélla de dicho deber impuesto por la normativa vigente en el momento de la contratación, que le alcanza por razón del contrato de comisión bursátil, que le vincula con su cliente (art. 244CCOmer.), pues ha de actuar la entidad

con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional remunerada, una gestión por interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de Ley del Mercado de Valores, establecidas precisamente para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los citados mercados y por ello, muy especialmente, observar las normas de comportamiento que disciplinan su actuación, entre las que destacan dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para el cliente, cuidando de sus intereses como si fueran propios, incumplimiento contractual que origina en la entidad comisionista el deber de responder de los daños y perjuicios ocasionados a sus clientes por una mala inversión llevada a cabo por ellos.

DECIMO. En cuanto al importe de la indemnización, se debe señalar que la amplia dicción del artículo 1.106 del CC produce que la entidad del resarcimiento, presupuesto del evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que sufrió el daño y la que tendría de no haberse producido el hecho dañoso, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito.

Así, Banco Santander, S.A. habrá de abonar los 100.000€ invertidos en el producto viniendo igualmente obligada a abonar los intereses legales desde la fecha de la orden de suscripción. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576LEC.

D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] abonarán los rendimientos brutos obtenidos (SAP Álava 13/10/2016) por los Valores Santander y las acciones Santander en las que se cajearon en julio de 2012 con los intereses legales desde la fecha en que fueran percibidos y entregarán a Banco Santander, S.A. los títulos de las acciones que recibieron al canje. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576LEC.

UNDECIMO Al estimarse la demanda, por aplicación del 394 LEC, procede su imposición a la parte demandada, siendo que el acogimiento de una petición

subsidiaria debe suponer estimación total de lo pretendido, en armonía con el art. 394.1LEC.

FALLO

Que estimando la demanda formulada por D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] contra Banco Santander, S.A. debo declarar la responsabilidad de la demandada y condenarla al pago de los daños y perjuicios irrogados a D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] que se materializan en los 100.000€ que se invirtieron en el producto, viniendo igualmente Banco Santander S.A. obligada a abonar los intereses legales desde la fecha de la orden de suscripción.

D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] abonarán los rendimientos brutos obtenidos por los Valores Santander y las acciones Santander en las que se cajearon en julio de 2012 con los intereses legales desde la fecha en que fueran percibidos y entregarán a Banco Santander, S.A. los títulos de las acciones que recibieron al canje.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576LEC y con imposición de costas a Banco Santander, S.A.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y contra ella cabe interponer ante este tribunal recurso de apelación en ambos efectos en el plazo de 20 días, contados desde el siguiente al de su notificación (art. 458 LEC 1/2000 de 7 de enero, modificada por Ley 37/2011 de 10 de octubre) y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Álava.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco BANESTO con el número 0009 0000 04 086416, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15^a de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída, en el día de su fecha por el Juez que la dictó y firmó, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.