

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 12 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 2 - 28020
Tfno: 914932727

NIG: 28.079.00.2-2016/0066216

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 376/2016

i

Notificación telemática de la resolución 169713950_Sentencia Proc. Ordinario de fecha 03/09/2018 dentro del archivo comprimido 169713950_Sentencia Proc. Ordinario.zip que se anexa.

En Madrid, a trece de septiembre de dos mil dieciocho.

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 12 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 2 - 28020

Tfno: 914932727

Fax: 914932729

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0066216

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 376/2016

Sección i

Demandante:

PROCURADOR D./Dña. JOSE RAFAEL ROS FERNANDEZ

Demandado: BANCO SANTANDER S.A.

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

SENTENCIA Nº 191/2018

En Madrid, a 3 de septiembre de 2018

Vistos por mí, Doña Isabel Eugenia Jiménez de Lucas, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid, en funciones de sustitución, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº 376/16, sobre acción de nulidad y subsidiaria indemnización por daño contractual promovidos por , representado por la procuradora de los tribunales Dª. Raquel Ros Fernández, contra BANCO SANTANDER SA representada por el procurador de los tribunales D. Eduardo Codes Feijóo y bajo la dirección técnica de D. Javier García Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 1 de abril de 2016 el procurador de la parte actora, presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la mencionada demandada, por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se estimando la demanda, declare la nulidad del contrato de suscripción de Valores Santander celebrado entre las partes, con mutua devolución de prestaciones por nulidad radical o, subsidiariamente, vicio del consentimiento; subsidiariamente se pide resolución contractual por incumplimiento, indemnización por daño contractual, con intereses y costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 1 de junio de 2016, se emplazó a la demandada en un plazo de veinte días para que se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario. Dentro del plazo legal se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que expuso por escrito, y concluyó suplicando al juzgado que, previos los trámites oportunos, se dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, con expresa imposición en costas a la actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa, la cual tuvo lugar el 6 de septiembre de 17. En el día y hora señalados comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, proponiéndose prueba y admitiéndose la que se consideró pertinente.

CUARTO.- El día del juicio tuvo lugar el día 25 de abril de 2018, en el que se practicó la prueba propuesta y las partes formularon sus conclusiones, quedando los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de estos autos se han observado y cumplido los trámites legales, excepto el plazo para dictar sentencia, habida cuenta de la carga de trabajo que soporta este órgano jurisdiccional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes

La parte actora ejercita una acción personal contra Banco Santander SA que tiene por objeto que se declare la nulidad del contrato de suscripción de Valores Santander de fecha 4 de octubre de 2007, y como efectos de dicha declaración, la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes más los intereses legales desde la fecha del desembolso. De

forma subsidiaria, solicita la resolución del contrato y la indemnización por daño contractual, con intereses y, en todo caso, imposición de costas.

En concreto, expone en su escrito de demanda que la entidad comercializó al demandante unos bonos convertibles en el año 2007 los cuales fueron definidos por aquella como un producto de total seguridad y disponibilidad para el cliente, en el que durante varios años disfrutarían de cierta rentabilidad y tras lo cual, percibirían acciones de la entidad.

Fundamenta su acción principal de anulabilidad por infracción de los deberes de información de la entidad bancaria que le impone la Ley de Mercado de Valores, en primer lugar, puesto que el demandante es persona sin experiencia profesional en el ámbito de las inversiones financieras y que le llevó a prestar consentimiento previa recomendación de la entidad financiera, en la suscripción de dichos valores ignorando así las verdaderas características del producto y riesgos que entrañaba, produciéndose así un vicio en el consentimiento por error y ausencia de información que la entidad financiera estaba obligada a suministrar.

La demandada alega la caducidad de la acción, que el cliente era inversor con un perfil de riesgo, con experiencia suficiente por haber sido apoderado de dos empresas del ramo de la alimentación y por haber tenido acciones, incluso del propio Banco Santander y fondos de inversión, que conocía perfectamente el producto porque se le explicaron suficientemente sus características y que, durante años, guardó silencio sin presentar queja alguna sobre el contrato, percibiendo beneficios del mismo, y sólo cuando finalmente se manifestaron las pérdidas han interpuesto esta demanda.

SEGUNDO.- Caducidad de la acción.

El plazo de cuatro años desde el contrato a que se refiere el artículo 1.301 del Código Civil, se computa no desde la celebración del contrato de suscripción de preferentes sino desde su "consumación", como indica la norma, lo que en el caso no tiene lugar sino cuando se produce el "agotamiento y la realización completa de todas las obligaciones entre las partes".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11.06.03 y posteriormente otras muchas, entre ellas la de 12 de enero de 2015, aclaran la cuestión, con remisión amplia a otros numerosos precedentes, en éstos términos: "En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), 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 (...) este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (...). Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando 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 acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Se alega por el demandado que la acción estaría caducada por haber tenido el demandado conocimiento suficiente del producto con anterioridad a la fecha de consumación del contrato, que coincide con la del canje final por acciones del producto, en octubre de 2012. Alega para ello la jurisprudencia de la STS de 12 de enero de 2015; sin embargo, la interpretación que realiza la demandada de esta jurisprudencia es errónea.

En efecto, no pueden aceptarse, ni compartirse, las tesis que en este punto sustenta la demandada de que el cómputo debe iniciarse antes de la consumación, por el simple hecho de haber podido conocer el error antes de este momento, y en este sentido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 aclara que el cómputo del plazo de caducidad puede retrasarse, en aplicación de la doctrina de la *actio nata*, a un momento posterior a la consumación, si es que el demandante no pudo tener antes un conocimiento completo y cabal del error en que había incurrido, pero nunca puede adelantarse a un momento anterior a la consumación, por prohibirlo el art. 1.301 del Código Civil.

TERCERO.- Naturaleza del producto contratado. Normativa aplicable.

Nos encontramos en el presente procedimiento con que los demandantes en fecha 4 de octubre de 2007, realizaron una “manifestación de interés” que finalmente, tras la aprobación de la Nota de Valores y el Tríptico informativo, se concretó en una suscripción de orden de compra los denominados “Valores Santander”, convertibles necesariamente en acciones en fecha 14 de septiembre de 2007.

Los valores Santander son un tipo de bonos convertibles. Como señala la STS nº 2894/2016 de 17 de junio de 2016, los bonos necesariamente convertibles en activos de inversión se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor;

El riesgo del producto no viene dado por la evolución posterior de las acciones en el mercado, sino en la operación de conversión, según establece el Alto Tribunal a continuación:

“En 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 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 estas 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.”

Asimismo, dicha sentencia clasifica dicho producto como producto financiero complejo al amparo de la normativa aplicable. En efecto, señala que, 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;
- 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 8º 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 actividad de las entidades comercializadoras de los productos financieros está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación del sistema de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento, así como las normas relativas a los instrumentos financieros y a los emisores de esos instrumentos.

También es de aplicación el RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, que con referencia a la Ley 24/1988, ya obligaba a las entidades a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión del producto contratado.

La Ley 47/07 supuso la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al Ordenamiento Jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La Ley 47/07 hacía referencia a la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaba la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), cuya finalidad es proteger a los inversores estableciendo un régimen de transparencia para que los participantes en el mercado puedan evaluar las operaciones. Se trata de profundizar en la protección a la clientela, a través del incremento y mayor precisión de las obligaciones de las entidades financieras.

La normativa señalada constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, siendo de especial relevancia el artículo 79 y 79 bis de la LMV (Ley de mercado de valores). La primera exige a las entidades que presten servicios de inversión el deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo y el artículo 79 bis regula más específicamente esta obligación de información. **No obstante, con anterioridad a esta modificación, que sólo enfatiza el nivel de protección ya existente, las entidades financieras ya tenían unas obligaciones muy exigentes a la hora de proporcionar información a los inversores y de recabar**

información sobre los mismos que les permitiera recomendarles productos adecuados a sus intereses.

CUARTO.- Clasificación de los clientes como profesionales o minoristas, art. 79 bis LMV

La parte actora señala que el demandante carece de experiencia inversora y que por tanto ha de considerarse como de perfil minorista. Por su parte, la demandada ha señalado que el demandante ostenta experiencia financiera, habiendo contratado con anterioridad fondos de inversión de bajo riesgo y acciones, incluidas, lo que considera muy relevante, las acciones del propio Banco; además, el demandante había sido apoderado de dos empresas de alimentación, una de ellas de elevada facturación, y contaba con los conocimientos necesarios para comprender la naturaleza, funcionamiento y riesgos de los valores Santander que suscribió.

En este sentido, el art. 78 LMV, señala que, a los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

Las circunstancias del demandante a que alude la demandada no son elementos suficientes para poder calificar a los inversores como profesionales en el sentido de atribuirles la posesión de conocimientos financieros y de inversión que presuma una capacidad para la toma de decisiones autónomas en materia de inversión financiera. Tal y como señala la Sala Primera del TS en su STS 25 de febrero de 2016, que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les

fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad.

Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional.

Efectivamente, no puede desconocerse que lo que se está discutiendo es el conocimiento por el inversor del producto concreto que es objeto del presente pleito, de manera que el hecho de tener un patrimonio considerable, o que el cliente hubiera realizado algunas inversiones previas no le convierte tampoco en cliente experto, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera una información adecuada para contratar el producto Valores Santander con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de la entidad bancaria, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes. El tener acciones del propio Banco sólo incide, asimismo, en la mala calidad de la información proporcionada: en efecto, la demandada considera muy relevante el hecho de que el demandante hubiera tenido acciones del propio Banco porque, a su juicio, el riesgo de las acciones era el mismo que el de los bonos convertibles. Nada más lejos de la realidad, como hemos visto al repasar la Sentencia del Tribunal Supremo sobre los bonos del Banco Popular, de la misma naturaleza convertible que los valores del Santander, el riesgo era mucho mayor que las acciones, así como la complejidad del producto, puesto que sólo podía deshacerse la posición en momentos determinados, por lo que podía acumularse una pérdida importante, como así sucedió, mientras que las acciones cotizan a diario en un mercado y pueden venderse de inmediato para evitar pérdidas mayores. La insistencia del banco que el riesgo de las

acciones y de los valores es el mismo sólo demuestra, por tanto, que aún a día de hoy se sostiene y transmite una concepción sesgada y errónea del producto y sus riesgos.

Por ello, la posible falta de información suministrada por la entidad financiera no puede suplirse con la consideración de los clientes como clientes expertos, ni en este ni en ningún otro caso, si en la contratación en concreto no tuvieron toda la información necesaria a su alcance para poder adoptar una decisión informada con todos los elementos necesarios.

QUINTO.- Deberes de información de la entidad.

La normativa del mercado de valores exige que el cliente conozca correctamente los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos, evitando recomendar productos complejos y arriesgados cuando no sean adecuados a los intereses del inversor. Las pautas genéricas de comportamiento de las entidades que presten servicios de inversión se exponen en el art. 78 LMV, que las obliga a comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, añadiendo el obligado cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas reguladoras del mercado de valores.

En la fecha de la contratación también existía un deber de indagar si el producto que se recomendaba era adecuado a los intereses del cliente, aunque no se concretara en la realización de un test de idoneidad o de conveniencia o en la clasificación actual de los inversores según su nivel de experiencia y conocimientos. Esta obligación de las entidades en el momento de la emisión de los Valores Santander es definida con claridad por la STS 1134/2018, de 23 de marzo, Sala Tercera, que interpreta de la siguiente forma la normativa administrativa vigente entonces:

“En efecto, la resolución sancionadora señala que los Valores Santander a los que se refiere la controversia fueron calificados por el propio Banco como producto "amarillo", esto es, de riesgo y complejidad media, lo que suponía, conforme al apartado III.8.1 del "Manual de procedimientos del Grupo Santander para la comercialización minorista de

productos", que debían de comercializarse "...habitualmente a los clientes personas físicas de Banca Privada y Banca Personal, así como a empresas e instituciones y eventualmente a los clientes del segmento C (Banca de Particulares) en la medida en que los comerciales consideren que sus características puedan ajustarse al perfil de riesgo e inversión del cliente de que se trate, pero estos únicamente podrá suscribirlos si firman el documento que figura como anexo I".

Por tanto, según las indicaciones del "Manual de procedimientos", el producto Valores Santander era comercializable de forma generalizada entre los clientes que, al margen de sus objetivos de inversión y experiencia inversora, tuvieran un patrimonio superior a 200.000 euros; y, podía también comercializarse - aunque de forma no habitual- entre clientes con patrimonio inferior a 200.000 euros siempre que se cumplieran dos condiciones: la primera, que los comerciales considerasen que el producto se ajustaba al perfil del cliente; y la segunda, que el cliente firmase un documento en el que reconocía haber sido informado de las características y riesgos del producto, haber hecho su propio análisis y haber decidido proceder a la suscripción del mismo.

Ahora bien, el Banco procedió siguiendo criterios meramente patrimoniales, de manera que, sin tener en cuenta ni la experiencia inversora ni los objetivos de inversión de los clientes, procedió únicamente a segmentarlos en tres categorías: categoría A (Banca Privada), para aquellos con patrimonio superior a 500.000 euros; categoría B (Banca Personal), para patrimonios entre 200.000 y 500.000 euros y, categoría C (Banca de Particulares), para patrimonios inferiores a 200.000 euros.

Como señala la resolución sancionadora, no hay en el expediente ningún dato o documento que acredite el cumplimiento de la obligación de recabar información y perfilar a los clientes; ni consta que el Banco diese a los comerciales ninguna instrucción o directriz que tuviera como finalidad impartir criterios objetivos para que la determinación la adecuación del producto al perfil de cliente se hiciera por todos los comerciales de forma relativamente homogénea.

Señala por ello la Abogacía del Estado que el Banco distribuyó a los clientes exclusivamente por criterios patrimoniales, sin atender a otras consideraciones, y a ello se atuvieron los comerciales. Como resultado, la emisión de 7.000 millones de euros se colocó entre 128.867 clientes de los que el 68% pertenecía al segmento de Banca de Particulares, a los que se colocó un importe de 2.770.645.000 euros. Eso sí, cuidando la mecánica seguida por el Banco de que el inversor firmase un documento en el que reconocía haber sido informado de las características y riesgos del producto.

Por todo ello consideramos que aunque la fecha de emisión del producto denominado Valores Santander es anterior a la trasposición de las Directivas MIFID por la Ley 47/2007, que introdujo una regulación más pormenorizada de la obligación de recabar información de los clientes, dicha obligación ya se recogía en la anterior redacción del artículo 79 LMV, que es la aplicable al caso, y Banco de Santander, S.A. la incumplió, en los términos y por las razones que acabamos de exponer.”

En el caso que nos ocupa, han de analizarse las circunstancias concretas tal y como resultan de la prueba. La empleada del banco que comercializó los Valores Santander no recuerda las circunstancias concretas de esta comercialización, sólo que en general era ella quien ofrecía este producto a los clientes que consideraba posibles inversores, teniendo en cuenta su patrimonio y sus inversiones anteriores. No se tenían en cuenta, es evidente por su declaración, la verdadera capacidad del inversor para comprender el riesgo ni se relacionaba el riesgo que el producto presentaba con los ingresos y cargas patrimoniales de los inversores y sus intereses de inversión, lo que considero imprescindible para poder establecer el verdadero perfil de riesgo de un inversor, de hecho son los criterios que más tarde se incorporarían a los test de idoneidad que han de practicarse cuando se recomienda por la entidad financiera un producto complejo a un cliente minorista. Los criterios que manejaba la empleada que, de todas formas, no recuerda las circunstancias concretas de este caso, son muy simplistas y están orientados más bien por un criterio comercial en lugar de responder a los intereses de los clientes. Dicho de forma simple: se recomendaba el producto a aquellos clientes que era más fácil y previsible que aceptasen la inversión porque tenían patrimonio y otras inversiones anteriores. Declara así la empleada que se recomendaba a los

clientes que ya tenían cartera de productos de inversión. En el presente caso, la posibilidad de pérdida total o importante del capital invertido ya debería haber alertado a la empleada de que no era un producto adecuado para recomendarlo a personas jubiladas que dependen de una pensión de jubilación como ingreso principal, sólo completado por los rendimientos que pudieran obtener de sus ahorros. Ni una palabra ha mencionado la testigo sobre esta cuestión, a mi entender fundamental para decidir si un producto arriesgado es adecuado para un inversor: cuáles son sus ingresos, de dónde provienen, cuáles sus cargas. Como he dicho, sólo el criterio comercial a que alude el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente citada es tenido en cuenta por la empleada del banco: recomienda si el cliente tiene patrimonio y si ha efectuado inversiones anteriores, en este caso en acciones y fondos de inversión de bajo riesgo, sin valorar si tiene ingresos o en qué medida estos ingresos proceden del capital a cuya pérdida se arriesga.

- Información sobre los riesgos

Como viene entendiendo el Tribunal Supremo, el riesgo de los bonos subordinados convertibles en acciones no deriva tanto de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá acciones de la entidad, que cotizan en el mercado secundario; sino del valor de cotización bursátil de estas acciones, que determina el riesgo de pérdida del capital invertido.

En el caso que nos ocupa, consta la orden de valores firmada por Banco Santander y por el inversor en los que únicamente se contempla como información el nombre del inversor, así como la denominación del valor. Por su parte, en el reverso de dicha página consta una mínima información acerca del funcionamiento de tal producto tales como la conversión automática en acciones en el plazo de los cinco años siguientes en acciones según folleto informativo (...) que la emisión se amortizara al cabo de un año de producirse los supuestos previstos (...). Así, no consta ningún tipo de información adicional, o una aplicación detallada sobre la naturaleza, características y riesgos de tal producto que haya sido suministrada por la entidad financiera.

Por su parte, resulta vulnerado lo previsto en el art. 15 del RD 629/1993 de 3 mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios que establece la obligación de entrega al cliente de la documentación contractual debidamente suscrita por las partes. En este sentido, no aparece justificado que la entidad entregara un tríptico informativo a los inversores, pues no consta firmado dicho documento.

Por otro lado, la orden de valores señala que el precio de conversión se producirá en el quinto aniversario con prima del 16% sobre cotización según fecha y condiciones recogidas en el folleto. Dicha remisión se produce a una documentación inexistente por lo que dicha información resulta ser incompleta a efectos de una comprensión total por parte de los prestatarios. Como manifiesta la STS 411/2016, al inversor debe quedarle claro, en el momento de la contratación «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» añadiendo que «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. Por tanto, la documentación facilitada a los prestatarios, no es suficiente para entender que la entidad ha cumplido las obligaciones de información en tal alto grado como la normativa del mercado de valores exige cuando la inversión vaya a ser realizada por un cliente minorista a quien, en el presente caso, ni siquiera se le recomendó el producto atendiendo a sus intereses de inversión, esto es, atendiendo también a sus previsiones de ingresos y de necesidades económicas. Todo ello determina un patente incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, con infracción de las pautas de conducta y obligaciones directamente exigibles contenidas en la Ley del Mercado de Valores, las cuales revisten carácter imperativo.

Respecto a la sanción que esta omisión pudiese provocar, el Tribunal Supremo, en sentencia nº 716/2014 de 15 de diciembre, descarta la de nulidad de pleno derecho del contrato (artículo 6.3 CC) indicando que la Directiva MIFID estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.z bis LMV), lo que permite la apertura de

un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (arts. 97 y ss. LMV). No niega que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero no anuda a la infracción la sanción de nulidad de la oferta y en consecuencia del contrato. Así pues, descartada la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho por infracción de normas imperativas, procede analizar la posible anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento de los demandantes

SEXTO.- Consecuencia de la falta de información suministrada

A la nulidad relativa de los contratos se refiere el art. 1300 del Código Civil (CC, en lo sucesivo) y, aunque no emplea expresamente el calificativo «relativa» así debe entenderse pues esta sanción se aplica únicamente a los contratos en los que concurren los elementos esenciales para su formación (consentimiento, objeto y causa, según el art. 1261 CC), por contraposición a los nullos de pleno derecho, sanción que recibirán los que contravengan normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 CC).

El consentimiento prestado por error es un vicio que afecta a un elemento esencial del contrato (art. 1265 CC) aunque no todo error invalida el consentimiento, si en él no concurren las circunstancias a las que se refiere el art. 1266 CC. Como señala el Tribunal Supremo «hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea» (sentencias nº 840/2013, de 20 de enero de 2014, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 489/2015, de 16 de septiembre o 102/2016, de 25 de febrero). Solo invalida el consentimiento el error esencial –el que recae sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato, art. 1261.2 CC- y excusable –que no sea imputable a quien lo sufre-.

Así, comprobada la omisión de suministro de información por parte de la entidad financiera en cuanto a la naturaleza, funcionamiento y riesgos del producto contratado, así como la omisión de información en cuanto al precio de la conversión de los valores en acciones, no cabe duda de que el error padecido por la parte actora en la adquisición de los valores del Banco Santander, tomando en consideración las circunstancias de la contratación que resultan de la prueba practicada, merece la calificación de esencial, toda vez que se refería a la naturaleza misma del instrumento financiero objeto del contrato. La excusabilidad de esta clase de error es admitida por la jurisprudencia que entiende que «el incumplimiento por la recurrente del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba» (STS 411/2016, de 17 de junio). En semejantes términos, «En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo» (SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014 o 769/2014, de 12 de enero, entre otras).

SEPTIMO.- Consecuencias de la declaración de nulidad

El art. 1303 del Código Civil establece que «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses». Así pues, la entidad demandada queda obligada a restituir a la parte actora el importe de la inversión mientras que la

obligación de restituir de los demandantes se concreta en los rendimientos que hayan percibido de dicho capital, cupones y/o acciones que hayan percibido y en definitiva, cualquier otra prestación derivada de la adquisición del instrumento financiero inicial.

Las prestaciones que las partes deben restituirse recíprocamente devengarán el interés legal, siendo el dies a quo del devengo de este interés el momento en que cada una de ellas haya sido percibida.

Por otro lado, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

OCTAVO.- Costas

En materia de costas, el principio general que rige en nuestro ordenamiento jurídico es el del vencimiento que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, es el que ha de ser aplicado como regla general en materia de condena en costas, el cual atiende, no sólo a la sanción de una conducta procesal, sino a satisfacer el principio de tutela judicial efectiva, que exige que los derechos no se vean mermados por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento.

Este principio de “victus victoris” ha sido reiteradamente interpretado por la doctrina jurisprudencial teniendo su fundamento en la victoria procesal de una de las partes respecto

de la otra; y su justificación en el proceso no debe ocasionar un perjuicio patrimonial a la parte a quien el mismo se le ha reconocido su derecho.

Así, este principio tiene reflejo imperativo en el art. 394LEC el cual resulta de aplicación al presente supuesto que establece en materia de costas en procesos declarativos que, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO ESTIMAR TOTALMENTE la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales D^a. Raquel Ros Fernández en representación de contra BANCO SANTANDER SA, representado por el procurador de los tribunales D. Eduardo Codes Feijóo y, en consecuencia:

1. Declaro la nulidad, por vicio del consentimiento, de la suscripción por los demandantes de los valores Santander de fecha 4 de octubre de 2007.
2. Las partes deberán restituirse recíprocamente lo que hubiere sido objeto de contrato, debiendo restituir la demandada el importe de la inversión y la actora los rendimientos que haya percibido del capital invertido y/o acciones recibidas y cualesquiera prestaciones derivadas de los contratos declarados nulos.
3. Las prestaciones objeto de la restitución se verán incrementadas por el interés legal del dinero desde la fecha de percepción de cada cantidad hasta la notificación de esta sentencia. A partir de esta fecha, tales cantidades devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos hasta su total y completo pago.
4. Con expresa imposición en costas a la demandada

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2440-0000-04-0376-16 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2440-0000-04-0376-16

Así lo acuerda manda y firma Doña Isabel Eugenia Jiménez de Lucas, Juez del Juzgado de primera instancia número 12 de Madrid, en funciones de sustitución.

El/la Juez Magistrado-Juez