

NUEVA OLEADA DE IMPUGNACIONES POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: AHORA, LOS VALORES SANTANDER¹

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 3 de febrero de 2014

La caída de los precios de cotización de las acciones cotizadas en Bolsa han producido, en el escenario de crisis económica, la pérdida de las inversiones realizadas por inversores minoristas y profesionales, surgiendo una oleada de impugnaciones por vicios del consentimiento de las inversiones realizadas. Particular resulta el caso de los Valores Santander, que ha sido calificado por los afectados como “producto tóxico”, si bien del análisis de las resoluciones judiciales que conocen de sus impugnaciones no parece desprenderse tal conclusión. A lo largo de este trabajo analizaremos varias resoluciones, que sirven como muestra de un gran número de resoluciones de idéntico sentido² que, pese a ser mayoritarias, suelen ser omitidas por los medios de comunicación y que giran en torno a dos fundamentos generalizados: la entidad aportó la documentación que el demandante niega haber recibido, y el demandante no tenía el perfil conservador que ahora alega.

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas”, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

² Entre otras, que aquí no se analizarán, pueden mencionarse: JPI Madrid, núm.63, sentencia núm. 205-2013 de 18 noviembre. AC 2013\1977; JPI Barcelona, núm.2, sentencia núm. 163-2013 de 30 septiembre. AC 2013\1848; JPI Madrid, núm.2, sentencia núm. 104-2013 de 13 mayo. AC 2013\1467; JPI Alcobendas (Madrid), núm.4, sentencia núm. 63-2013 de 4 marzo. AC 2013\933; JPI Huelva, núm.6, sentencia de 13 junio 2013. JUR 2013\207879; JPI Madrid, núm.48, sentencia de 28 mayo 2013. JUR 2013\198371; JPI Palma de Mallorca (Islas Baleares), núm.23, sentencia núm. 139-2013 de 31 julio. AC 2013\1569; JPI Gijón (Asturias), núm.10, sentencia núm. 149-2013 de 12 julio. AC 2013\1646; JPI Oviedo (Asturias), núm.5, sentencia núm. 83-2013 de 3 julio. AC 2013\1642; JPI Las Palmas de Gran Canaria (Las Palmas), núm.14, sentencia núm. 98-2013 de 27 junio. AC 2013\1525; AP Alicante (Sección 8ª), sentencia núm. 31-2013 de 25 enero. AC 2013\1178; JPI Gijón (Asturias), núm.2, sentencia núm. 199-2013 de 5 diciembre. AC 2013\2052; JPI Albacete, núm.4, sentencia núm. 130-2013 de 15 octubre. AC 2013\1693; JPI Pamplona (Navarra), núm.7, sentencia núm. 157-2013 de 31 julio. AC 2013\1568; JPI Santa Cruz de Tenerife, núm.2, sentencia núm. 89-2013 de 8 julio. JUR 2013\296917; JPI Valencia, núm.15, sentencia núm. 19-2013 de 25 enero. AC 2013\663, etc.

1. Descripción del producto “Valores Santander”

Entre junio y julio del año 2007 se formó un consorcio bancario entre las mercantiles Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis para adquirir la entidad financiera ABN AMRO, con la finalidad de obtener la financiación necesaria se procedió, el 4 de octubre de 2007, a la emisión de los “Valores Santander” cuyas condiciones eran las siguientes:

- En caso de que la OPA no tuviera éxito y el consorcio no adquiriera ABN AMRO, se reintegraría a los inversores el capital invertido más un interés fijo del 7,30 % el 4 de octubre de 2008;
- Por el contrario, si la OPA tuviera éxito y el consorcio –como aconteció– adquiriera ABN AMRO, los valores emitidos se convertirían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones del Banco Santander, devengando un interés anual del 7,30% el primer año, y el Euribor + 2,75 % los siguientes años, hasta su conversión. La conversión podría producirse en dos escenarios distintos:
 - Voluntariamente: el 4 de octubre de cada año el inversor podía convertir sus obligaciones en acciones del Banco Santander;
 - Obligatoriamente: si el inversor no había convertido voluntariamente sus obligaciones antes del plazo de vencimiento de la inversión (4 de octubre de 2012), en dicha fecha se produciría la conversión obligatoria, al valor de conversión fijado desde el inicio. Según el tríptico informativo registrado en la CNMV, para la conversión de la acción Santander se valorará al 116% de su cotización en el momento de la emisión de las obligaciones convertibles (octubre 2007), esto es, 16,04 € la acción. Siendo el valor nominal de cada Valor Santander de 5.000 €, si dividimos esta cantidad entre 16,04€, obtenemos el número de acciones que se recibiría por cada Valor Santander, a saber, 311,72 acciones.

De esta forma, la operación sólo comportaba riesgo en caso de que la OPA fuera exitosa, siendo este riesgo el valor de esas acciones en el momento de la conversión, de suerte que si en el momento del canje (que podía producirse

voluntariamente³, y de no hacerse se seguía cobrando el interés fijo) la cotización de la acción fuera superior a 16,04 €, el inversor habría adquirido acciones a precio más barato que el de mercado, y viceversa. El caso fue que, quien decidió no canjear voluntariamente y percibir el interés fijo hasta la fecha de vencimiento – durante 5 años- se vio obligado a convertir sus obligaciones en acciones el 4 de octubre de 2012, cuando el valor de cotización de la acción de Santander estaba por debajo de esos 16,04 €, en concreto a 5,47 €.

2. SJPI de Valladolid núm. 162/2013 de 13 de diciembre (AC\2013\2032)

En el presente litigio la parte demandante es una sociedad mercantil que pretende con carácter principal la nulidad de la orden de suscripción de 200 Valores Santander (1.000.000 €, que quedó reducida a 435.545 €) o, alternativamente, la resolución del contrato por ser anulable, y de forma subsidiaria la indemnización por daños y perjuicios por actuación negligente de la entidad.

- a) *Acción de nulidad radical*: el juzgador recuerda que la nulidad de los contratos deriva de los acuerdos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, a las leyes, la moral o el orden público legal (arts. 6 y 1255 CC); o que entrañen una ilicitud de la causa u objeto del contrato (art. 1305 CC). En este caso, se alega la vulneración de la normativa protectora de los consumidores, pero la mercantil demandante no puede ostentar la condición de consumidor. En cualquier caso, entiende el Juez, la contravención de las normas citadas por la actora (LGDCU, LCGC, LGP, LMV, etc.) establecen obligaciones y pautas de conducta, pero no contienen carácter absoluto que comporte la nulidad radical del contrato, salvo que se apreciase una actuación “absolutamente esquivada del Banco Santander” en el cumplimiento de las mismas. Sin embargo, la demanda sólo refiere a infracciones de publicidad fiel y leal, por lo que esta pretensión es desestimada.

Descartada la viabilidad de la acción de nulidad radical, procede estudiar si los –supuestos– incumplimientos no esenciales relativos a la información facilitada por la entidad supusieron un error en el consentimiento del demandante, o si constituyen una negligencia contractual que genere una responsabilidad por daños y perjuicios (arts.1101 y 1103 CC).

³ Nótese que el producto era líquido, pues “podía ser vendido y adquirido en cualquier momento a precio de mercado si así lo decidía el inversor” SJPI de Bilbao 213/2013 de 21 de noviembre.

- b) *Acción de nulidad por vicios del consentimiento*: En primer lugar, el órgano de instancia descarta la aplicación de la normativa MIFID, pues el contrato se suscribió en septiembre de 2007, y ésta entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 (de forma que no le son aplicables los arts. 78. bis y 79 bis LMV incorporados por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre; ni el RD 217/2008 de 15 de febrero). Insiste el juzgador en rechazar la consideración de consumidor del demandante por su condición societaria, así como de cliente minorista por ser un cliente profesional cuyo activo superaba los 20 millones de euros y tener recursos propios superiores a 2 millones de euros (art. 78 bis. 3. c, redacción vigente en septiembre de 2007 LMV).

Además, respecto a su experiencia inversora, queda acreditado que había realizado con el Banco Santander inversiones en un fondo de inversión en octubre de 1999 por importe de 600.964,61 €, y en el fondo Santander Ahorro Activo Clase A por un importe de 600.000 €; por otro lado, en 2007 había invertido en el fondo de inversión BS Inmobiliario FIM de Banco Sabadell 650.000 €; 1.000.000 € en el fondo Dinero Bancaza, y 223.589,66 € en la compra de acciones de BBVA; en 2009 invirtió 2.000.000 € en el fondo BBVA Ahorro empresa FI; y en 2010 invirtió en el producto BBVA Extra Tesorería 1.500.179,82 €.

Todas estas inversiones de carácter especulativo “no reflejan un perfil de cliente profano en la materia, menos aun cuando decide realizar una inversión tan elevada como la de un millón de euros, y tampoco de cliente conservador pues el modo de obrar era destinar cantidades abundantes de dinero (...) en productos no necesariamente de renta fija, sino especulativos como los fondos y acciones”.

A la luz de los datos respecto a su consideración como minorista y experiencia inversora, procede el juzgador al análisis de los motivos e imprecisiones alegadas como conducentes al error en el consentimiento:

- El tríptico fue registrado y autorizado por la CNMV el día antes de la firma, por lo que se obtuvo únicamente información verbal que hacía pensar que se trataba de un producto de renta fija: La CNMV aprobó la emisión el 19 de septiembre de 2009, por lo que la información, efectivamente, tuvo que ser esencialmente verbal, aunque no puede descartarse que la entidad facilitara el borrador del tríptico que había facilitado a la CNMV. De cualquier forma, en el documento de compra el demandante firma y acepta que “el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el tríptico informativo de la Nota de

Valores registrada por la CNMV” y que “conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos”. Y, lo más relevante para el órgano decisor, la transferencia del millón de euros no se transfiere hasta el 4 de octubre, por lo que median varios días en los que podían haber leído el tríptico, no concurriendo la intermediación de un día alegada.

- Supresión de la calificación crediticia o “rating” de la emisión: la crítica parece irrelevante al Juez que considera que era lo suficientemente elevado como para no generar dudas en el cliente, además de que ese supuesto desconocimiento “no parece que le importase mucho a la actora mientras percibió los intereses de la fase de renta fija del producto”.
- Calificación del producto como “amarillo” (riesgo medio) cuando debía haberse calificado como “rojo” (riesgo alto): su conocimiento y experiencia le permitía conocer el alcance del producto, que “no resulta excesivamente complejo al suponer un híbrido de renta fija (que le ha reportado en estos años una no despreciable cantidad de intereses) y aleatorio en función del éxito de la OPA y el devenir de la cotización de las acciones del Banco Santander” que no comienzan a descender abruptamente hasta la crisis de Lehman Brothers. Considera, pues, que la calificación como producto amarillo fue acertada, puesto que una parte importante del producto es de renta fija, incluso de no materializarse la OPA sería un producto “verde”, siendo así imposible calificarlo de inicio como “rojo”.

Concluye pues el juzgador que el error alegado era inexcusable, y por lo tanto no permite anular el contrato, pues pudo evitarse empleando una diligencia media de acuerdo con los postulados del principio de buena fe. Y ello porque la actora contaba con preparación suficiente en materia de inversiones y el grado de información relevante facilitado por el Banco era óptimo.

- c) *Indemnización por daños y perjuicios*: no se aprecia actuación negligente de la entidad, pues aportó información previa y subsiguiente a la operación sobre los aspectos esenciales del contrato, de forma verbal y escrita.

En resumen, se desestima la totalidad de la demanda con imposición de costas a la demandante, por no poder alegar la concurrencia de un vicio del consentimiento cuando contaba con información relevante sobre la esencia de la operación, así como con sobrada experiencia inversora, y pudo evitar el supuesto error actuando

con un grado medio de diligencia; como concluye el Juez vallisoletano “de otro modo el riesgo para el inversor sería cero: obtendría una rentabilidad si la inversión es exitosa y si se frustra podría reclamarle al intermediario por un defectuoso asesoramiento”.

3. SJPI de Bilbao núm. 213/2013 de 21 de noviembre (AC\2013\2026)

En este caso sí fue un consumidor quien invirtió en Valores Santander, en concreto una cantidad de 15.000 €, cuya restitución incrementada con el interés legal del dinero es ahora solicitada mediante el ejercicio de una acción de nulidad por concurrencia de error y dolo, al no haberle informado el banco –asegura– de las características del producto, maquillándolo como un producto conservador adecuado a su perfil.

En particular, refuerza la inducción al error en la confianza depositada en la entidad por ser un cliente “de toda la vida” del banco. Sin embargo, de la documental practicada se desprende que la actora acudió a la sucursal solicitando información sobre este nuevo producto, sin existir previa relación con el Banco, como prueba el hecho de que el 4 de septiembre de 2007 abriera su primera cuenta en la entidad, así como un depósito a plazo.

Asimismo, afirma el demandante haber recibido única y exclusivamente un documento manuscrito en el que se indicaba el interés a aplicar, documento que en opinión del juzgador, en ningún caso puede interpretarse como un documento de suscripción de Valores Santander. Por su parte, la entidad demandada aclaró que dicho papel manuscrito es un esquema del que se sirvió la empleada de la entidad en su explicación verbal del producto. Con todo, la entidad aporta el documento de la orden de suscripción de los valores (que el cliente negaba haber firmado, y que reconoció posteriormente, en juicio, como real) en el que, como en el caso anterior, se expresaba: “el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV” y que “conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba (...)”.

Por lo que respecta a la calificación del cliente como conservador, da por constatado el Juez que venía invirtiendo en Bolsa desde el año 2000, así como la adquisición de diferentes acciones o fondos de inversión con las entidades bancarias Caja Laboral, BBK y BBVA, sin haber recibido asesoramiento específico al efecto, y “sin que pueda entenderse que lo contrataba en virtud de la relación de confianza con su banco de toda la vida, por que la contratación es indistinta con

entidades bancarias que no pertenecen al mismo ente empresarial”. Asegura, también la actora, que “no sabía lo que había suscrito hasta que comenzó a recibir noticias en los medios sobre la realidad del producto”, lo que merece la siguiente afirmación del juzgador: “eso sí, sin que constara en momento alguno haber solicitado aclaraciones o precisiones al respecto del producto adquirido”.

Así pues, no aprecia el JPI de Bilbao la concurrencia de error o dolo en el consentimiento por falta de información, por haber quedado dicha pretensión desvirtuada de contrario, siendo la documentación informativa aportada suficiente para comprender el contenido y alcance del producto, más aun atendiendo a la experiencia en este tipo de contratos del demandante. En resumen, el juez recapitula la siguiente información relevante para la adopción de su fallo:

- a) Es el cliente el que se dirige a la entidad para recabar información sobre el producto, sin mantener previa relación con dicha entidad:
- b) El cliente no ha mostrado ningún recelo o desconfianza durante los 5 años de vigencia del contrato, en los que ha estado percibiendo los rendimientos trimestrales del producto y la información relativa al mismo por parte de la entidad (sin que discrepara de ella), sin optar por la venta anticipada del producto;
- c) Aun aceptando de forma hipotética que la documentación aportada por el Banco fuera insuficiente, dicho error sería salvable a través de la mínima diligencia exigible a un hombre medio con sus conocimientos y experiencia en el mercado financiero.

En suma, el Banco actuó con la diligencia debida, no así el consumidor como se muestra en dos períodos distintos: (i) durante la vida del contrato de valores, en la que muestra su conformidad con el producto y con los rendimientos del mismo, siguiendo concertando antes y después contratos bancarios similares (confirmando el consentimiento sobre la contratación no pudiendo ir ahora contra sus actos propios); y (ii) en el momento en que se entera por los medios de comunicación de que el producto no es el que creía, actuando de forma negligente al no solicitar ninguna explicación sobre el producto, formular ninguna queja, etc.

4. SJPI de Madrid de 20 de noviembre de 2013 (AC\2013\2024)

El Juzgado madrileño conoce de una acción de nulidad por ausencia de causa, y subsidiariamente por existir un consentimiento viciado, ejercitada por un consumidor que había invertido 65.000 € en Valores Santander.

El Juzgado realiza una exposición de la doctrina sobre el error y los requisitos para que sea invalidante del contrato⁴, así como de la doctrina sobre el dolo que imputa el actor a la entidad demandada. Respecto al caso particular, al que no resulta de aplicación la normativa MIFID, comprende el juzgador que las obligaciones de información que había de cumplir la entidad eran las establecidas en el art. 79 LMV (redacción vigente en septiembre de 2007) que ordena que las entidades bancarias han de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollando una gestión ordenada y prudente, cuidando los intereses de los clientes como si fueran los suyos propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos adecuadamente informados”. Así como en el art. 5 RD de 3 de mayo de 1993 sobre normas de actuación de los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que indica que la información a los clientes ha de ser clara, precisa y suficiente. En torno a esta cuestión, cita la SAP de Baleares de 21 de marzo de 2011 que reza “Lo relevante es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo siempre en cuenta las circunstancias personales y económicas que concurren (...) de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos (...) le corresponde en exclusiva a él y no al asesor, pues si bien es cierto que no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos”.

En atención a todo ello, considera el juzgador que la información suministrada fue adecuada y comprensible atendiendo a las siguientes circunstancias:

- a) Le fue entregado en tríptico informativo, que determina de forma adecuada las características y funcionamiento del producto, que estima no excesivamente complejo, comportando el único riesgo inherente a la volatilidad del valor de las acciones, lo cual es conocido para alguien que opera en el mercado financiero;
- b) La orden de compra expresa que “el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV” y que “conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos y que, tras haber

⁴ Como hacen el resto de sentencias, el error ha de ser esencial, excusable, y debe existir un nexo causal entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante.

realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba (...);

- c) Hubo información previa, como constata el documento de “manifestación de interés” del cliente, que consiste en su declaración al Banco de su interés en recibir información sobre “los valores subordinados convertibles en acciones del Banco Santander” (sic) tan pronto como fuere aprobado el folleto por la CNMV. Estas manifestaciones de interés no suponen ninguna vinculación del cliente, lo que queda constatado por el hecho de que algunos clientes que manifestaron su interés, finalmente no suscribieron los valores;
- d) El Banco remitió al cliente durante la vida del contrato información abundante y precisa sobre el mismo y su evolución, por lo que tampoco queda claro qué tipo de producto creyó que estaba contratando;
- e) Consintió durante 5 años una importante rentabilidad (15.597,83 €) manifestando su disconformidad con el producto únicamente antes de la conversión obligatoria;
- f) El cliente venía contratando producto de inversión de similar o mayor riesgo que el contratado.

Por todo lo expuesto, niega el Juez que el contrato careciese de causa o que ésta fuese ilícita, que la entidad actuase dolosamente, ni que concurriera vicio invalidante del consentimiento habida cuenta de que “el banco informó a la actora debidamente, que el producto era adecuado a su perfil y que el consentimiento de ésta se prestó sabiendo lo que se contrataba y asumiendo los riesgos de la inversión”.

5. SJPI de Santander núm. 204/2013 de 10 de octubre (AC\2013\2010)

En este caso se impugna la adquisición de Valores Santander por importe de 120.000 € por un consumidor (jubilado), solicitando la declaración de nulidad del contrato por haber concurrido un vicio en su consentimiento, afirmando que carecía de los conocimientos financieros necesarios para comprender el funcionamiento de un producto tan complejo como son las obligaciones convertibles.

Tras una exposición detallada de los deberes de información correspondientes al Banco (que no reiteraremos por ser coincidentes con los contenidos en las

sentencias anteriores), pasa el JPI de Santander a valorar las circunstancias personales del actor, en orden a determinar su conocimiento sobre el funcionamiento de los productos financieros.

El demandante sostuvo que no era cliente habitual del banco, y que el empleado del Banco le insistió para suscribir el contrato, siendo su intención contratar un fondo de inversión garantizado sin riesgo y a corto plazo que le permitiese, siendo una persona jubilada, recuperar lo invertido. Sin embargo, de la prueba documental practicada se desprende que el actor era cliente de la entidad desde 2006, que había realizado diversas inversiones en distintos productos (en los nueve meses anteriores a la adquisición de los Valores Santander había realizado nueve operaciones de compraventa de acciones), adquiriendo acciones del Banco Santander en varias ocasiones, incluso después de la adquisición de los valores ahora impugnados. Estos datos ponen de manifiesto, en opinión del juzgador, que conocía la fluctuación de la cotización.

Por lo que respecta a la suficiencia de la información facilitada por el banco, se hizo entrega del tríptico que explica de forma clara las características y funcionamiento del producto –especialmente de fácil comprensión para personas que vienen realizando operaciones de compraventa de acciones que cotizan en bolsa con cierta asiduidad-; además, como en el resto de casos, se firmó y consintió la orden de compra en la que se reconoce haber recibido el mencionado tríptico, así como comprender las complejidades y riesgos del producto. “Estos conceptos –declara el Juez- deben ser fácilmente asimilables para una persona con su historial inversor, que conoce los riesgos de una inversión de renta variable, que no garantiza ni la rentabilidad ni la devolución de la totalidad del capital invertido, y que los asume ante la perspectiva de obtener una mayor rentabilidad que en otros productos de renta fija”. Y sigue, “Tanto es así que a pesar de haber sufrido pérdidas en algunas de estas inversiones (acciones del Banco Sabadell, del Banco Santander, o del Popular) vuelve a realizarlas lo que pone de manifiesto que su perfil inversor no es ajeno al riesgo. Asimismo las inversiones suelen ser a corto plazo, lo que también pone de manifiesto que realiza un cierto seguimiento de la evolución de las cotizaciones”. Además, recibía trimestralmente la liquidación de intereses, por lo que tuvo que darse cuenta de que no se trataba de un producto de rentabilidad fija.

Por lo que respecta al error en el consentimiento, aun teniendo consideración de cliente minorista, considera el juzgador que no se le puede tener por desconocedor de las operaciones financieras, por lo que podía comprender perfectamente las características del producto, así, en caso de concurrir error en ningún caso sería

excusable a la vista de información facilitada y sus conocimiento sobre el funcionamiento de la renta variable.

6. SJPI de Móstoles de 29 noviembre 2013 (AC\2013\2094)

En el presente litigio se produce la impugnación de la compra de Valores Santander por unos consumidores (jubilados), por importe de 60.000 €, por causa ilícita, subsidiariamente por concurrencia de vicios del consentimiento, y subsidiariamente de resolución contractual por incumplimiento de los deberes legales de información de la entidad.

Los demandantes alegan que no se les facilitó ningún tipo de información, alegando que existió una inadecuada comercialización como prueban lo numerosos artículos de prensa al respecto. Sin embargo, en la documental aportada de contrario se prueba la entrega del tríptico (que negaban los actores) así como la orden de compra debidamente firmada en la que, como en los supuestos anteriores, se reconoce la entrega del tríptico y la comprensión de las complejidades y riesgos del producto. Asimismo, aseguran creer estar contratando un depósito a plazo fijo, pese a las siguientes matizaciones que efectúa el juzgador:

- a) El tríptico resume de forma comprensible las características esenciales del producto, conteniendo diversos escenarios de rentabilidad, incluso de rentabilidad negativa, recogiendo así ejemplos de posibles pérdidas y ganancias;
- b) Con posterioridad a la suscripción el banco remitió a los clientes información sobre la evolución negativa de la inversión, a través de los extractos y resúmenes fiscales que les hizo llegar a su domicilio;
- c) Los demandantes recibieron la rentabilidad trimestralmente, percibiendo 14.398,10 € en concepto de intereses que hicieron suyos sin formular protesta;
- d) Según la testifical practicada en el acto de la vista, la hija de los actores manifestó: “le dije a mi madre que cinco años era mucho tiempo, ella dijo David –empleado de la entidad– nos ha dicho que cada año lo podemos sacar, en un momento posterior necesitaban dos millones para una obra y lo pidieron un 4 de octubre, y David les dijo que esperaran porque si lo sacaban en ese momento iban a perder dinero”, pérdida de dinero que comprende el Juez no cabía concebir si se pensaba que el producto contratado era un depósito a plazo, sin interponer, de nuevo, queja alguna;

- e) Al producirse la adquisición de ABN AMRO, se remitió a los demandantes una comunicación informaba que decía textualmente “como consecuencia de lo anterior no será de aplicación la amortización anticipada, en efectivo, de los Valores Santander el 4 de octubre de 2008, estos valores pasarán a ser necesariamente convertibles en acciones Santander”, informando de igual forma del precio de referencia de las acciones y del número de acciones de Banco Santander que correspondía a cada Valor Santander. Entiende el juzgador que este incipiente momento, era ya obvio que el producto contratado no era un depósito a plazo, y sin embargo no se produjo ninguna reclamación ni queja sobre el producto, lo que no ha acontecido hasta la producción del riesgo y, así, de las pérdidas.

En consecuencia, desestima la acción de nulidad por causa ilícita siendo la causa del contrato “obtener lucro por medio de la especulación con dinero, canalizada a través de la compra de ciertos títulos convertibles en acciones”. No habiendo en ello nada “de ilícito, inmoral o contrario a las finalidades propias del mercado financiero amparadas por el principio de autonomía de la voluntad”, siendo “evidente que la validez esencial del negocio no depende de que la parte inversora reciba los beneficios esperados”.

Asimismo, desestima la acción de nulidad (anulabilidad) por vicios del consentimiento por quedar probado que el error, de haberlo, nunca pudo ser esencial ni excusable, sino más bien un error sobre las expectativas del cliente que resulta irrelevante a efectos de vicios del consentimiento. En relación a la falta de información, queda probado que la entrega de la información necesaria se produjo, pero aun en el caso de haberse incumplido algún deber administrativo de información, ello no comportaría *per se* el vicio del consentimiento, pues lo trascendente a estos efectos no es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa sino si “el consentimiento de la contratante ha sido o no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas”.

En fin, el JPI mostoleño desestima todas las pretensiones de la demanda, que la demanda tiene el único objetivo de “recuperar la totalidad del capital invertido, sin asumir la pérdida que deriva del desarrollo del contenido de dicho contrato, pérdida que es consecuencia, así lo hemos entendido, de la bajada de la cotización bursátil de las acciones del Banco de Santander”. Concluyendo con una claridad exquisita que “Con la contratación de este producto el demandante ha sufrido una pérdida que es la propia de todos aquellos que se han visto perjudicados económicamente por la extraordinaria caída del precio de cotización de la práctica totalidad de las

acciones cotizadas en Bolsa (...) Multitud de inversores en bolsa han padecido pérdidas, las propias de quien se somete a las reglas y riesgos, no fácilmente previsible, de esa clase de mercado, que superan el 50% del capital invertido”.

7. Conclusiones

A modo de recapitulación de lo expuesto, realizaré ahora una síntesis de los argumentos judiciales que fundamentan la desestimación de las pretensiones de nulidad de los contratos de adquisición de Valores Santander:

- (i) No existe causa ilícita en el contrato, existe una causa que no contraviene ni la moral, ni las leyes, ni el orden público, a saber, la obtención de un lucro a través de la especulación con el dinero mediante la compra de títulos convertibles en acciones;
- (ii) No puede sostenerse la pretensión de ser calificado como cliente conservador, cuando vienen realizándose inversiones con anterioridad a la contratación del producto, o con posterioridad (o ambas);
- (iii) La entrega del tríptico o su puesta a disposición, así como la orden de suscripción es información suficiente con la que la entidad cumple sus deberes de información y cumple con la diligencia debida y exigible en su actuación, incluso la cumpliría en caso de que la información precontractual fuera exclusivamente verbal en la contratación con clientes profesionales (véase apartado 1 de este trabajo)⁵;
- (iv) Si la información facilitada es suficiente y el cliente defiende que su consentimiento fue viciado, el error es inexcusable pues aplicando la diligencia debida podría haber salido de su error;
- (v) Ser o no un cliente de toda la vida no tiene incidencia en un eventual vicio del consentimiento, lo que es relevante es si el cliente contó con información suficiente;
- (vi) La falta de cumplimiento de las expectativas de rendimientos de la inversión es irrelevante a efectos de error en el consentimiento;

⁵ Nótese que no había entrado en vigor en España la normativa MIFID.

- (vii) La condición de jubilado del inversor, en sí misma considerada, es irrelevante a efectos de error en el consentimiento⁶;
- (viii) Los artículos de prensa indicando se produjo una mala comercialización, no hacen prueba de que ello fuera así;
- (ix) La experiencia inversora del cliente hace prueba en contrario respecto a la concurrencia de vicios del consentimiento, si bien, para desestimar la impugnación por vicios del consentimiento no es necesaria la existencia de esta experiencia inversora (cfr. Apartado 6 de este trabajo, en el caso enjuiciado por el JPI de Móstoles no es probado ni alegado que el cliente contase con dicha experiencia);
- (x) La falta de solicitud de información, queja o reclamación sobre el producto durante la vida del contrato es un indicio de que lo que se alega como vicio del consentimiento es, más bien, una falta de cumplimiento de las expectativas verificada al vencimiento del mismo y comportaría una actuación negligente del inversor (apartado 3 de este trabajo);
- (xi) El documento de “manifestación de interés” constituye prueba de la información precontractual, y hace prueba en contrario respecto a la existencia de un consentimiento erróneo pues comporta la solicitud de información por el cliente de un producto financiero –no depósito a plazo-, en este caso bajo la denominación “valores subordinados convertibles en acciones del Banco Santander”, lo que parece no dejar lugar a dudas;
- (xii) La percepción de la elevada rentabilidad, de forma trimestral, durante 5 años, sin queja o sospecha alguna, constituye una confirmación reiterada del válido consentimiento otorgado, y su impugnación supone dirigirse contra sus propios actos;
- (xiii) La información remitida por la entidad sobre la evolución de la inversión –extractos-, y la información fiscal hacen prueba en

⁶ Cfr. JPI Madrid, núm.63, sentencia núm. 205-2013 de 18 noviembre. AC 2013\1977. El inversor demandante es una persona jubilada que había sido Registrador de la Propiedad, con una amplia cartera de valores.

contrario de la existencia de vicio en el consentimiento, si tras ello el producto seguía contando con la aquiescencia del inversor;

- (xiv) La información otorgada por el personal de la entidad sobre las posibles pérdidas que podrían producirse por retirar el capital invertido en un determinado momento hacen prueba en contrario respecto al entendimiento de que se estaba contratando un depósito a plazo, pues éste no podría suponer pérdidas;
- (xv) La información remitida a los clientes tras la adquisición de ABN AMRO en la que se comunicaba que los valores pasaban a ser obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Santander, hace prueba en contrario del eventual vicio del consentimiento.

Observamos cómo, en ocasiones, ciertas acciones son ejercitadas en un intento de recuperar las inversiones perdidas, incurriendo en un eventual abuso de derecho contrario al principio de la buena fe. Resulta especialmente llamativo la utilización como prueba en las demandas de artículos periodísticos, negándose haber recibido determinada documentación en base a aquella información periodística que dice que hubo una mala comercialización del producto. Más sorprendente resulta que la defensa letrada genere falsas expectativas en el cliente, afirmando incluso la falta de entrega de información aun cuando ésta se ha producido y se sabe se aportará en juicio, en una persecución interesada de la cuota litis. En fin, a río revuelto, ganancia de pescadores.