



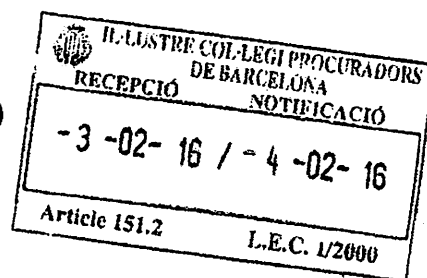
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

ROLLO Nº

Procedente del procedimiento Ordinario nº

Juzgado de Primera Instancia nº 3 Mataró (ant. CI-4)



SENTENCIA Nº 36

Barcelona, 1 de febrero de 2016

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistrados D^a Amelia MATEO MARCO, D. Antonio RECIO CORDOVA y D^a M^a Teresa MARTIN DE LA SIERRA GARCIA-FOGEDA, actuando la primera de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº , interpuesto contra la sentencia dictada el día 13 de febrero de 2014 en el procedimiento nº , tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 Mataró (ant. CI-4) en el que son recurrentes D^a y D. y apelado BANCO SANTANDER, S.A. y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

1/22





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por don _____ y doña _____ contra BANCO SANTANDER, S.A., debo absolver a la misma de las acciones ejercitadas, con imposición al pago de las costas causadas."

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a **Amelia MATEO MARCO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio en primera instancia. Resolución apelada. Recurso de apelación.

Don _____ y Doña _____ López formularon demanda contra BANCO SANTANDER, S.A., en la que ejercitaban la acción de nulidad y, subsidiariamente, de resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios en relación con un contrato de suscripción de obligaciones subordinadas necesariamente convertibles en acciones ("Valores Santander"), suscrito el día 5 de octubre de 2007, para que se les reintegrase el

2/22





importe invertido, de 600.000 €, debiendo compensarse las cantidades percibidas en concepto de cupón.

Alegaron los actores, en síntesis, en su demanda, que hacía más de 25 años que eran clientes de la demandada, con la que habían contratado básicamente pólizas e hipotecas, y siempre les había ayudado en su negocio dedicado al metal y que a primeros de septiembre de 2007, el Director de la sucursal, Sr. , les llamó por teléfono diciéndoles que el Banco iba a comprar un Banco extranjero para lo cual necesitaba fondos de sus clientes, por lo cual les ofrecía un producto muy seguro y de alta rentabilidad a cinco años, informándoles de que si no se lograba hacer la compra durante el primer año, se cancelaría anticipadamente el depósito, y se les pagaría un interés del 7 %, y si se lograba la compra, el contrato continuaría vigente durante cinco años, con un interés del Euribor, más un 2,7 %, los restantes cuatro años. El Sr. les confirmó en repetidas ocasiones que podrían rescatar el dinero en cualquier momento, perdiendo el interés, y que no había ningún riesgo sobre el capital, y, además, que a su vencimiento era Banco Santander quien respondía de la operación a modo de garantía. La única condición que pusieron ellos para invertir este dinero fue que no hubiera ningún riesgo sobre el capital aportado. En el mes de octubre, a la vuelta de vacaciones, firmaron la Orden de suscripción de los títulos, sin ningún folleto explicativo del producto ni tampoco la Nota de los Valores de la CNMV donde deben explicarse las características y riesgos del producto. En junio de 2012, recibieron un extracto donde se podía observar que su aportación se había reducido considerablemente, así que fueron a hablar con el Director de la sucursal quien les informó de que el Banco estaba buscando una solución y ya se les informaría, pero más tarde en una reunión que mantuvieron sólo les dieron evasivas. En septiembre de 2012 recibieron una carta del Banco en la que se les informaba de que sus títulos se convertirían el 4 de octubre en

3/22





acciones a un precio de conversión de 12,96 € por acción, pero sin explicarles que la fijación del precio de la acción no correspondía a aquel momento sino a cinco años atrás, y que en este periodo el precio de la acción había perdido más del 50 % del valor, habiéndose producido, por tanto, graves pérdidas.

Y, añadieron, que el Banco había incumplido la normativa ya que son inversores minoristas y consumidores, y, también, los protocolos del propio Banco en muchos aspectos, y es por ello por lo que ejercitan la acción de nulidad radical del art. 6.3 CC, por incumplimiento objeto de las obligaciones de información establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley 24/1998, del Mercado de Valores, y el Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo en el que se establece el Código General de Conducta, pues no se les informó de que era un instrumento complejo y de riesgo elevado, que podía generar pérdidas en el capital invertido y del carácter limitado de su liquidez; también se ejercita la acción de nulidad por ausencia de consentimiento y subsidiariamente, de anulabilidad por error en el consentimiento; y, subsidiariamente, la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información.

La demandada se opuso a la demanda alegando la caducidad de la acción de nulidad, y, en síntesis, que la inversión de los actores en "Valores Santander" la hicieron de manera consciente y voluntaria, con pleno conocimiento de que lo que estaban suscribiendo no era un producto con el capital garantizado, sino unos títulos convertibles en acciones del Banco, pues al contratar habían sido informados por el Banco de las características y riesgos a través de los documentos registrados en la CNMV, cuya recepción y puesta a disposición se reconoció de forma expresa en la orden de compra. Durante toda la vigencia de los Valores Santander la parte actora no ha ejercitado ninguna acción de nulidad, ni ha rechazado el cobro de los rendimientos correspondientes a la inversión, ni

4/22





se ha negado a cobrar los dividendos derivados de las acciones obtenidas tras la conversión obligatoria de los títulos en acciones. Lo que ha ocurrido es que sin culpa suya desde la suscripción de los Valores Santander, la cotización de las acciones del Banco ha descendido, como todos los valores bursátiles, como efecto de la crisis económica y como el día 4 de octubre de 2012, los Valores debían convertirse obligatoriamente en acciones del Banco, de acuerdo con las condiciones propias del producto, la conversión no ha sido beneficiosa para la parte actora, que ha tenido que soportar una pérdida latente, de la que podrá recuperarse si sube la cotización.

Argumenta la demandada en su contestación que los actores no son simples consumidores, sino empresarios y han sido administradores y apoderados de varias empresas dedicadas a la industria del metal y de la construcción, por lo que resulta inverosímil que confundieran una orden de suscripción de Valores Santander con un depósito bancario. Además, no era la primera vez que colocaban sus ahorros personales en productos de inversión, como acciones, fondos de inversión, y planes de pensiones, incompatibles en algunos casos con las inversiones conservadoras. El Banco cumplió con la obligación de confeccionar y publicar un folleto explicativo de todas las características y riesgos (la "Nota de Valores") que estaba accesible en la web de la CNMV, y registró y publicó un Tríptico en el que se resumían las características esenciales del producto, que fue entregado a la parte actora, según se puso de manifiesto en la Orden de inversión, firmada. Banco Santander envió sucesivas cartas a todos los clientes que habían suscrito Valores Santander, informándoles de su evolución, y ha pagado a los actores la cantidad de 143.979,91 € bruto en concepto de intereses, que han hecho suyos sin reserva alguna. El 4 de octubre de 2012, fecha prevista para el canje obligatorio, y dado que la parte actora nunca optó por el canje voluntario, los 120 Valores Santander se convirtieron en 46.926

5/22





acciones de Banco Santander, que han generado a los actores un dividendo cobrado en acciones equivalente a 1.233 €, de modo que la inversión continúa viva en forma de acciones que cotizan en el mercado. Con ello, el resultado final de la inversión, que ya ha producido una rentabilidad de aproximadamente el 24 % en intereses, no podrá concretarse hasta el momento en que la demandante proceda a la venta de las acciones en que los Valores se han convertido.

La sentencia de primera instancia desestima la caducidad de la acción de nulidad por vicio de consentimiento, que es la que identifica como ejercitada, y después de analizar las características del producto financiero suscrito, concluye que en el tríptico informativo de la emisión, que reconocen haber recibido los actores, se contiene información suficiente como para que aquéllos comprendieran qué estaban contratando, aun cuando no tuvieran una especial formación académica, por lo que desestima todas las acciones ejercitadas.

Contra dicha sentencia se alzan los demandantes insistiendo en la procedencia de las tres acciones ejercitadas: nulidad radical del contrato por contravención de normas imperativas y prohibitivas, al amparo del art. 6.3 CC; nulidad contractual por ausencia de consentimiento, y de anulabilidad por error en la prestación del consentimiento, según los arts. 1265 y 1266 CC; y, acción de indemnización de daños y perjuicios, con base en el art. 1.101 CC.

Alegan en su recurso los apelantes que se ha producido una valoración errónea de la prueba practicada porque: i) no es cierto que recibieran la debida información sobre las características y los riesgos del producto, porque no tuvieron a su alcance el Folleto de Emisión ni el Tríptico comercial; ii) no es cierto que el Tríptico de la emisión advierta adecuadamente sobre las características y riesgos del producto; y, iii) su perfil es conservador y minorista, que no tienen

6/22





experiencia inversora en productos financieros similares o de riesgo y no actuaron asesorados por terceros.

La demandada se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO. Naturaleza del producto financiero contratado por los actores. Normativa aplicable. Obligación de información.

Los actores adquirieron 120 títulos denominados "Valores Santander", por importe de 600.000 € en fecha que no aparece en la Orden de suscripción (foc. 1 de la demanda). Mientras que aquéllos alegan que fue el 5 de octubre de 2007, la demandada alega que lo fue en Septiembre de ese año. La discrepancia, en cualquier caso, tiene escasa relevancia, (en la Información Fiscal remitida por la demandada consta como fecha de la operación el 4 de octubre de 2007. -doc. 13A de la contestación), y lo que sí puede concluirse es que tuvo que ser con posterioridad al día 19 de septiembre de 2007, ya que en la Orden de suscripción se hace referencia al Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en esa fecha.

Según resulta de la prueba practicada, y no se ha discutido en autos, los "Valores Santander" se emitieron para financiar la operación de adquisición de la totalidad de las acciones del Banco ABN Amro por parte del Consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis, por lo que la emisión quedó vinculada al éxito de esa operación. El emisor no fue directamente Banco Santander, sino "SANTANDER EMISORA 150, S.A., UNIPERSONAL", de la que Banco Santander era único accionista. Si el consorcio en que participaba Banco Santander no adquiría ABN Amro, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un

7/22





interés del 7,30 %. En el caso de que se adquiriese ABN Amro (que es lo que sucedió), los valores emitidos se convertirían en "*obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander*". Es decir, los "Valores Santander" se convertirían primero en obligaciones, devengando un interés anual de 7,30 % el primer año, y el Euribor más 2,75 % los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del Banco el 4 de octubre de 2012. Con anterioridad a esa fecha el inversor podía voluntariamente efectuar el canje los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011, a un valor de conversión determinado desde el inicio, en un 116 % de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles, es decir, por encima de su cotización en aquel momento. Mientras tanto, se trataba de valores subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluidas la deuda subordinada y las participaciones preferentes.

En consecuencia, los "Valores Santander", necesariamente convertibles en acciones, presentaban una elevada rentabilidad inicial, y una rentabilidad posterior que era variable. El riesgo estribaba en la bajada de valor de las acciones por las que debían canjearse las obligaciones, amén de que el canje ya se estableció que se haría por el 116 % de su cotización inicial. Es decir, existía ya de entrada una pérdida del 16 % del capital invertido, aunque podía resultar compensado en el caso de que las acciones subieran su cotización antes del momento en que se produjera la conversión. El capital no estaba garantizado, y, además, tampoco la remuneración estaba asegurada a partir de la adquisición de ABN Amro, porque Banco Santander podía decidir no pagar y abrir un periodo de canje voluntario, y se preveía que no habría remuneración en ningún caso si no existía beneficio distribuable o lo impedía la normativa de recursos propios aplicables al Grupo Santander.





Según lo expuesto, estamos pues ante un instrumento financiero complejo, en el sentido técnico-jurídico de la Ley del Mercado de Valores, -lo que es diferente de ser un producto "complejo" en el sentido usual de la palabra, es decir prolijo, complicado de entender u oscuro, aunque pueda serlo en ambos-, pues se trata de obligaciones convertibles, y como tal instrumento financiero complejo se encuentra por tanto sujeto a dicha normativa (art. 79 bis 8, en relación con el art. 2.2 LMV). El propio Manual de Procedimientos para la venta de productos financieros del Banco de Santander, así lo reconoce (Doc. 18 de la demanda, fol. 8).

Las entidades financieras se encuentran en una situación de superioridad frente a sus clientes pues disponen de una mayor información para gestionar sus intereses en el mercado y para asesorarles en la contratación de unos u otros productos. Y, por otra parte, los clientes confían en la entidad financiera con la que mantienen, por lo general, una relación duradera, lo que conlleva que el cliente se fíe de sus recomendaciones. Sobre estos parámetros, de profesionalidad, por parte de la entidad financiera, y de confianza, por parte del cliente, es sobre los que se asienta la relación de clientela en el mercado financiero, lo que implica a su vez una serie de obligaciones de las entidades prestadoras de servicios de inversión en relación con la comercialización de instrumentos financieros, en especial, deberes de diligencia y transparencia, clasificación de clientes, recapitulación de información de información de los clientes e información durante todo el "iter" de la contratación.

En la regulación de esos deberes hay que distinguir dos bloques normativos: la normativa pre-MiFID, y la normativa MiFID (Directiva 2004/39, Directiva 2006/73 y Reglamento 1287/2006), incorporada a nuestro ordenamiento mediante Ley 47/2007, de 19 de diciembre y RD 217/2008, de 15 de febrero, que

9/22





incide fundamentalmente en el cumplimiento por las entidades de especiales deberes informativos, para cuyo cumplimiento será necesario recabar información del propio cliente, a través de los test de idoneidad y de conveniencia, mediante los cuales la entidad bancaria sabrá si el producto es conveniente para el cliente, y si éste tiene el bagaje cognitivo suficiente para comprender el riesgo que comporta.

Por lo que se refiere a la normativa pre-MiFID, aplicable a los valores de autos, atendida la fecha en que se suscribieron, estaba integrada por la Ley del Mercado de Valores, (cuyo art. 79, incluía ya, en su redacción de 1998, deberes de diligencia y transparencia en interés de los clientes y defensa de los mercados, así como la obligación de mantener debidamente informados a los clientes), y el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que estuvo vigente hasta el 17 de febrero de 2008, en que fue derogado por el RD 217/2008. Hasta dicha fecha regulaba, junto con la LMV, los deberes de las entidades de crédito en la comercialización de instrumentos financieros. En concreto, en su art. 16, bajo la rúbrica "*Información a la clientela sobre operaciones realizadas*", establecía un deber de información con la *debida diligencia* sobre todas las operaciones de sus clientes. Su Anexo, denominado "*Código General de Conducta de los mercados de valores*", contenía además unos específicos deberes de actuación en el marco de la operación en el mercado de valores: (i) con imparcialidad y buena fe, prohibiendo a la entidad inducir a la realización de un negocio con el fin exclusivo de obtener el un beneficio propio; (ii) con cuidado y diligencia; (iii) facilitando toda la información disponible al cliente, información que sea clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, etc.





A lo anterior ha de añadirse que la *STS de 18 de abril de 2013 (rec. 1979/2011)*, con cita de la de 8 de noviembre de 1996 y remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en concreto, a la *STJUE de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86*), señaló que las normas de derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la letra y finalidad de las directivas en lo relativo al elevado estándar de actuación de buena fe, prudencia y deberes de información que incumben a las empresas de servicios de inversión y, en concreto, en cuanto a las obligaciones de informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos y de transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones que mantengan con ellos.

Es decir, aunque en el momento de suscribirse los "Valores Santander" no estuviese traspuesta todavía la normativa MiFID, -faltaban dos meses para su trasposición-, lo cierto es que las obligaciones de la entidad demandada deben interpretarse a la luz de las Directivas.

TERCERO. Perfil inversor de los demandantes. Génesis de la contratación e información proporcionada.

Según declaró el hijo de los actores, Sr. _____, sus padres eran clientes del Banco Hispano Americano, y pasaron a serlo del Santander cuando éste lo adquirió, por lo que la relación entre las partes era antigua, y habían llegado a tener mucha confianza con el Sr. _____ que era el director de la sucursal. A la fecha de suscripción de los "Valores Santander" tenían un grupo de 7 empresas familiares, del sector del metal, excepto dos que eran inmobiliarias, en las que desempeñaban ambos, o bien el cargo de

11/22





Administrador, o bien el de Apoderado en las que el otro era Administrador (docs. 5A y 5B de la contestación), y Banco Santander era una de los bancos con los que operaban. En la actualidad están jubilados y las empresas están liquidadas, según declaró el testigo.

En el año 2007 los actores vendieron una nave por la que obtuvieron 2 millones de euros, que pensaban destinar a ir cubriendo los gastos que generaban las empresas, que no iban bien. El testigo de la actora, y director de la sucursal, Sr. , también confirmó que ese importe se quedó en el Banco y fueron disponiendo del mismo de diferentes formas, haciendo frente a las deudas que tenían. Las empresas se liquidaron, y con el remanente que quedó, y que, según su hijo, era para asegurar su jubilación, se fue "generando una cartera de valores", según declaró el Sr. , de la que formaron parte los "Valores Santander" que son objeto de este procedimiento.

La demandada ha alegado que los actores, por su experiencia como empresarios, y por los productos financieros que tenían contratados, acciones, Fondos de Inversión y Planes de Pensiones, -que eran productos de riesgo-, no tenían el perfil conservador que ellos alegan, y además que eran perfectamente capaces de comprender el producto que suscribieron y advertir que implicaba un riesgo.

En relación con dicha afirmación hemos de señalar que los actores eran en cualquier caso clientes minoristas con arreglo a la LMV (art. 78 bis), a los que por tanto no se les presume experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y el simple hecho de ser empresarios no los convierte en expertos en materia financiera.

12/22





Por lo demás, los fondos de inversiones y planes de pensiones a que se refiere la demandada fueron contratados en fechas, en algunos casos cercanas, pero siempre posteriores a los "Valores Santander" (docs. 13A a 15 de la contestación), por lo que no puede fundarse en su suscripción una experiencia inversora que no se ha probado en absoluto que tuvieran en aquel momento. Su hijo confirmó que jamás habían tenido inversiones, ni siquiera ahorros, porque siempre habían tenido muchos gastos al tratarse de una familia numerosa, y fue con motivo de la venta de la nave y la liquidación de las empresas, cuando dispusieron de un cierto capital para atender su jubilación.

Los actores alegaron que fue el Sr. _____ quien, estando ellos de vacaciones, les telefoneó informándoles de que Banco Santander iba a comprar un Banco extranjero, para lo cual tenía que captar dinero de los clientes, ofreciendo un producto muy seguro y de alta rentabilidad a cinco años, llamada que fue reconocida por el Sr. _____ en el acto del juicio.

Por su parte, la Comisión Nacional de Mercado de Valores en su Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión, de 23 de diciembre de 2010, efectúa a este respecto dos consideraciones relevantes:

- (i) entiende como recomendación personalizada la que se realice de forma implícita, lo que acontece cuando *"un instrumento se presente como idóneo para un inversor y en la conversación se utilicen palabras relacionadas con sus circunstancias personales"*, debiendo tomarse para ello en consideración *"tanto la naturaleza de la información que se recaba como la forma de relacionarse con el inversor"*
- (ii) la comercialización masiva entre los clientes de banca comercial de productos complejos de riesgo medio o alto, realizada por los bancos en

13/22





los últimos años, determina que pueda advertirse un asesoramiento en materia de inversión derivado de la utilización de un lenguaje con elementos de opinión y presentando la inversión como idónea para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero; máxime en aquellos supuestos en los que la red comercial tiene fijados determinados objetivos comerciales, o recibe incentivos que priman la venta de un determinado producto frente a otros.

Teniendo en cuenta esas consideraciones, no parece aventurado suponer que hubo una verdadera labor de asesoramiento por parte de la demandada, por lo que le correspondería acreditar que los "Valores Santander" eran productos idóneos teniendo en cuenta las necesidades y características de los actores, y que eran de tal naturaleza que aquéllos contaban con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implicaba la transacción, y nada de esto se ha acreditado.

La demandada alegó que los "Valores Santander" eran un producto apto para un cliente medio de banca, al ser la operación similar a la compra de acciones de Banco Santander, pero que a diferencia de éstas y de forma más segura y rentable, retribuía además con un interés hasta que se produjese la conversión en acciones, y, también, que se prestó a los actores toda la información relevante sobre el producto, como los propios actores reconocieron al firmar la Orden de suscripción.

No es ésa, sin embargo, la opinión del Tribunal.





Los "Valores Santander" eran un producto complejo, según se ha razonado anteriormente, y el hecho de que se comercializasen principalmente entre clientes minoristas hizo que incluso la CNMV emitiese una advertencia específica a través de su página web explicando someramente las características de la emisión y aconsejando a los inversores que consultasen el Tríptico antes de realizar cualquier inversión (doc. 10 de la demanda). Se trataba, en definitiva, de un producto que exigía esa información *"clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación"* a que se refiere el Código de Conducta a que antes nos hemos referido, y no consta que en el caso de autos se proporcionase.

Los actores alegan que el Sr. _____ les aseguró repetidamente que la inversión no tenía ningún riesgo y que el capital estaba garantizado por Banco de Santander, desconociendo por completo que no era así y que al final del plazo se convertiría en acciones, y además a un precio de conversión que no era el vigente en aquel momento.

No consta cual fue la información que se proporcionó a los actores sobre las características de la inversión. Ninguna prueba ha articulado la demandada al respecto, y la Orden de Compra nada dice, más allá de señalar que *"el ordenante manifiesta haber recibido y leído antes de la firma el Tríptico informativo de la Nota de valores registrada en la CNMV"*, y que *"asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos"* (doc. 1 de la demanda). Pero esta mención no es suficiente para entender que Banco Santander cumplió con las obligaciones que le incumbían, ya que resulta plenamente aplicable la doctrina contenida en la STS de 12 de enero de 2015, que a continuación se transcribe, aun cuando se estableciera en relación con un contrato diferente:

15/22





"Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. en el sentido de que «he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...» y «declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo». Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista."

Sin perjuicio de que resulte de aplicación la anterior doctrina, y de que por tanto no podamos tener por acreditado que se entregase el Tríptico a los actores, lo cierto es que para la correcta valoración y comprensión del producto, tal como se describe en el Tríptico, se requiere una formación financiera superior a la de un cliente medio de la banca comercial, como los actores, que estaban





acostumbrados a operar únicamente con cuentas corrientes, hipotecas o líneas de descuento.

Lo que podía ser obvio para un inversor avezado al examinar el Tríptico en cuestión, -pues si se adquiría el Banco ABN Amor, según se dice: *"los Valores serán necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles. Dichas obligaciones serán necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión"*-, es decir, que no se trataba de una inversión en que estuviese garantizado el capital, ya que el valor de las acciones que finalmente se obtendrían dependería de las oscilaciones del mercado bursátil, no podemos decir que lo fuese para un cliente medio. En ningún lugar se dice que había riesgo de pérdida del capital, y cuando se dice que es posible que el emisor no pague ninguna remuneración, no se hace referencia a esa posibilidad, lo que podía hacer pensar que no existía.

Es más, se proporcionan dos ejemplos teóricos de rentabilidad, uno favorable y otro desfavorable, y se señala en este último que *"no se pague remuneración en ningún periodo de devengo. Canje y conversión voluntario 19/10/2008. Precio venta acción Santander. €11,5%. TAE: -21,07 %"*, pero tampoco aquí se hace ninguna referencia a la posible pérdida de capital.

Por último, incluso la mención que se hace en el tan repetido Tríptico, *"Los Valores cuentan con la garantía solidaria e irrevocable de Banco Santander"*, -en referencia a la garantía hasta y después de la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, toda vez que el emisor no era Banco Santander-, podía inducir a confusión a un cliente inexperto haciéndole pensar que el Banco garantizaba el capital invertido.





En conclusión, no consta que la demandada cumpliera con su obligación de informar a los actores de la verdadera naturaleza y riesgos del producto que estaban contratando,

CUARTO. Deber de Información. Nulidad de pleno derecho. Inexistencia.

Los demandantes ejercitan con carácter principal la acción de nulidad radical por contravención de normas imperativas y prohibitivas, al amparo del art. 6 CC, y en concreto por haber incumplido la demandada las obligaciones de información, diligencia y transparencia establecida en los arts. 78 y 79 de la LMV, y el Código de Conducta contenido en el Anexo del real Decreto 629/1993, de 3 de mayo.

Esas normas de conducta a que alude la actora han venido a reforzarse en los arts. 79 y 79 bis LMV, con la incorporación de la normativa MiFID, pero ni las anteriores ni las actuales son normas "imperativas o prohibitivas" en el sentido del art. 6.3 CC, en la medida en que con ellas se trata de salvaguardar la correcta formación de la voluntad del contratante cliente. Por ello la contravención ha de ser valorada desde el análisis de los efectos que aquella contravención ha producido en la formación del consentimiento contractual.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, sin fisuras, a partir de la Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014, reiterada, entre otras, en SSTs 8 de julio de 2014, o en la reciente STS 30 de junio 2015, donde después de analizar cómo en la normativa comunitaria MiFID no se imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, y que tampoco lo imponía el art. 79 bis LNMV, sino otro efecto distintos, de orden

18/22





administrativo, para el caso de contravención, concluye con las siguientes palabras: *"Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato."*

Es decir, con carácter general, la contravención de esos deberes de conducta que establece la normativa con el fin de que cumplir la obligación de información no da lugar por si sola a la nulidad del contrato, en contra de lo que pretenden los demandantes.

QUINTO. Nulidad del contrato de suscripción de "Valores Santander" por error-vicio.

Siguiendo lo razonado por este Tribunal en supuestos similares al que ahora se enjuicia, por ejemplo en S. de 27 de mayo de 2015, podemos decir que el error denunciado por los demandantes atiende a las omisiones de información por parte de BANCO SANTANDER, de modo que viene a plantear un supuesto de error provocado, del que expresamente se ocupa el *art.4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)*, que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008); reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada.

19/22





Los actores pensaban estar contratando unos productos sin ningún riesgo, es decir, donde el capital estaba garantizado, cuando en realidad no era así.

Y, tan es así, que al recibir una comunicación en que se podía observar que el valor de su aportación se había reducido considerablemente, fueron a pedir explicaciones de la razón por la cual había ocurrido eso cuando se les había dicho que estaban garantizados, manteniendo una reunión con el Sr. Angulo, que éste mismo reconoció en el acto del juicio.

En conclusión, los demandantes no fueron informados de los riesgos de los "Valores Santander", y fue precisamente en atención a que no sabían que existían esos riesgos por lo que prestaron su consentimiento. Es decir, contrataron sobre la representación errónea de que el capital invertido estaba garantizado, por lo que su error fue esencial, en el sentido exigido por el art. 1.266 CC para que invalide el consentimiento.

Además, y por lo que se refiere al requisito de la excusabilidad, requerido por la jurisprudencia, resulta muy esclarecedora la STS 8 julio 2014 cuando señala:

"El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente."





El consentimiento prestado por los demandantes al suscribir la orden de compra estuvo pues viciado como consecuencia de la falta de información imputable a la demandada, lo que ha de llevar a declarar la nulidad del contrato, por aplicación del art. 1300 CC, en relación con el art. 1265 CC, y, consecuentemente la obligación de las partes de restituirse las prestaciones, en virtud de lo establecido en el art. 1.303 CC. Es decir, la demandada deberá reintegrar a los actores la cantidad de 600.000 €, de la que se deducirán las cantidades percibidas en concepto de intereses por los Valores Santander y de dividendos por las acciones en los que aquéllos se convirtieron, más intereses legales desde el día 5 de octubre de 2007; y los actores deberán restituir las acciones recibidas.

SEXTO. Costas.

Las costas de la primera instancia serán de cargo de la demandada (art. 394.1 LEC), sin que proceda hacer pronunciamiento sobre las de la alzada (art. 398.2 LEC).

FALLO

EL TRIBUNAL ACUERDA: Estimar el recurso interpuesto por DOÑA
y DON

, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mataró, en los autos de que este rollo dimana, la cual revocamos y estimando la demanda formulada por aquéllos contra BANCO SANTANDER, S.A., declaramos la nulidad de la suscripción de "Valores Santander" efectuada por los actores, debiendo las partes restituirse las prestaciones, del modo establecido en el fundamento jurídico quinto de esta resolución, con imposición a la demandada de

21/22





las costas de la primera instancia y sin hacer pronunciamiento sobre las de la alzada.

Procédase a la devolución del depósito consignado al apelante.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469-477-disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

