

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 7  
GIJON**

**SENTENCIA: 00562/2017**  
**AUDIENCIA PROVINCIAL**  
**SECCIÓN SÉPTIMA**  
**GIJÓN**

N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

EMA

N.I.G. 33024 42 1 2016 0005246

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN)**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GIJON

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Recurrente: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador: ABEL CELEMIN VIÑUELA

Abogado:

Recurrido:

Procurador: RAMON BLANCO GONZALEZ

Abogado: ÓSCAR SERRANO CASTELLS

**SENTENCIA núm. 562/2017**

**Ilmos Sres.:**

**PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA**

**MAGISTRADOS: D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ**

**D. PABLO MARTÍNEZ-HOMBRE GUILLÉN**

En GIJON, a siete de diciembre de dos mil diecisiete

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO número , procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) , en los que aparece como parte apelante, BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Abel Celemín Viñuela, asistido por el Abogado D. , y como parte apelada, , representado por el Procurador de los Tribunales D. Ramón

Blanco González, asistido por el Abogado D. Óscar Serrano Castells.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 9 de Febrero de 2017, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Ramón Blanco González, en nombre y representación de la  
defensa de D. , que actúa en  
y D<sup>a</sup>  
contra BANCO SANTANDER, S.A.:

1) debo declarar y declaro la nulidad del contrato de suscripción de los denominados VALORES SANTANDER, de fecha 4 de octubre de 2007, con condena de la entidad demandada a la restitución a los demandantes, del importe de 500.000 €, cantidad total equivalente a las cantidades aportadas en ejecución de este contrato, más los intereses legales que correspondan desde la fecha de su cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar este importe con las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos, con devolución por la parte actora de las acciones recibidas en virtud del canje.

2) debo declarar y declaro que la entidad demandada ha incumplido la obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de las PARTICIPACIONES PREFERENTES SOS CUÉTARA, con condena de la entidad bancaria al pago en concepto de indemnización de daños y perjuicios a los Sres.  
y  
del importe de 74.967,84 € (a razón de 37.483,92 € para cada uno de los contratantes), incrementados con el interés legal desde la interposición de la demanda, debiéndose compensar ese importe con las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos.

3) con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento."

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de BANCO SANTANDER, S.A. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló fecha para la deliberación y votación del presente recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. **Sr. Magistrado D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ.**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por la

, que actúa en defensa de D<sup>a</sup>. y D. , contra la entidad mercantil Banco Santander, S.A., declarando la nulidad del contrato de suscripción de los denominados Valores Santander, de fecha 4 de octubre de 2007, con condena de la entidad demandada a la restitución a los demandantes, del importe de 500.000 euros, cantidad total equivalente a las cantidades aportadas en ejecución de este contrato, más los intereses legales que correspondan desde la fecha de su cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar este importe con las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos, con devolución por la parte actora de las acciones recibidas en virtud del canje Y asimismo declarando que la entidad demandada ha incumplido la obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de las participaciones preferentes SOS Cuétara, con condena de la entidad bancaria al pago en concepto de indemnización de daños y perjuicios a los actores del importe de 74.967,84 euros (a razón de 37.483,92 euros para cada uno de los contratantes), incrementados con el interés legal desde la interposición de la demanda, debiéndose compensar ese importe con las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos y con expresa imposición a la parte demandada.

Frente a dicha resolución se formula el presente recurso de apelación por parte de la representación de la entidad mercantil Banco Santander, S.A., alegando la falta de legitimación activa de la entidad , la caducidad de la acción de nulidad por error en el consentimiento, la sentencia aprecia indebidamente la concurrencia de error en el consentimiento en la contratación de los Valores Santander e incorrecta valoración de la prueba; el cumplimiento de las obligaciones de información del banco; subsidiariamente, infracción del art. 1303 CC al determinar las consecuencias restitutorias derivadas de la declaración de nulidad de la suscripción de los Valores Santander; improcedencia de la acción indemnizatoria respecto de la contratación de las participaciones SOS; y subsidiariamente, el perjuicio sufrido en relación con las participaciones SOS no es el que se determina en la sentencia.-

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso cuestiona la legitimación activa de

, puesto que los arts. 11.1 LEC y 7.3 LPOJ habilitan a las asociaciones de consumidores para defender en juicio a sus asociados, pero limitan tal habilitación al ejercicio de acciones tendentes a proteger intereses colectivos (intereses comunes convergentes de los asociados), excluyendo expresamente de las facultades de las asociaciones de consumidores el ejercicio de acciones tuitivas de intereses individuales, como son las que se deducen en la demanda y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la legitimación conferida a las asociaciones para representar en juicio a sus asociados es una legitimación extraordinaria limitada a la defensa de los intereses de los asociados en cuanto miembros de un colectivo (la asociación) o a los intereses generales de los consumidores y que la admisión de la legitimación activa de para ejercitar acciones

tuitivas de intereses particulares conlleva consecuencias ilógicas que contravienen la literalidad y espíritu de la norma.

El artículo 11 de la LEC, señala que *"Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios"*, mientras que el artículo 7.3 de la LOPJ dispone *"3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción"*.

Del contenido del primer precepto se infiere que parece que incluye la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los intereses incluso individuales de sus asociados, pero el segundo no contempla dicha situación, siendo consciente esta Sala de que existen resoluciones contradictorias de las diferentes Audiencias Provinciales, como además ponen de manifiesto ambas partes en sus escritos de apelación y oposición a la misma.

Pero al margen de dichas discrepancias debe recordarse que el Tribunal Supremo -ya antes de la vigente redacción del art. 37 c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias- se había pronunciado al respecto, así la STS de 3 de noviembre de 2006 en la que la Asociación Amas de Casa Altamira Allende de Miranda de Ebro en nombre de cuatrocientas ochenta y nueve de sus socias en que se solicitaba que se

declarase abusiva y nula la cláusula contractual en virtud de la cual habían pagado cantidades distintas (inferiores a las quince mil pesetas) a Gas Natural de Castilla y León, S.A. en concepto de "derechos de alta que corresponden a los costes generados por gastos administrativos derivados de la contratación y a los de la revisión de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio", para dar cumplimiento, en el momento de iniciar su funcionamiento la relación jurídica, planteándose por la entidad Gas Natural de Castilla y León, S.A., como uno de los motivos de su recurso la infracción de los artículos 7.3 de la Ley 6/1.985, 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, y 20.1 de la Ley 26/1.984, negaba, con apoyo en esas normas, la legitimación a la asociación de consumidores demandante para el ejercicio de las acciones identificadas en la demanda, ya que las mismas, en cuanto dirigidas a una restitución causada por previos pagos de lo indebido, tienen por función la defensa de derechos individuales de las asociadas, que, según ella, eran las únicas legitimadas activamente, estableciendo que "El artículo 20.1 de la Ley 26/1.984, como hoy el artículo 11.1 de la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (no aplicable al proceso por razones temporales), faculta a las asociaciones de consumidores a defender, además de sus propios derechos e intereses y los generales de los consumidores y usuarios, los de sus asociados. Legitimación por representación que deja a salvo la individual de los propios perjudicados y que facultaba a la Asociación de consumidores demandante para defender en el proceso unos derechos individuales homogéneos de las consumidoras en ella agrupadas, en nombre e interés de las mismas (sentencias de 18 de mayo de 1.993, 20 de noviembre de 1996 y 7 de noviembre de 2003)".

El citado art. 37 del TRLGDCU señala que las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho: c)

Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, es decir las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tienen legitimación propia u ordinaria para la defensa de los propios intereses de la asociación, pero también legitimación extraordinaria o por sustitución para la defensa de los intereses de sus asociados.

Por último, se cuestionan los requisitos formales de validez de la representación de D<sup>a</sup>. y D.

por , ya que la autorización que se acompaña como documento nº 4 de la demanda es insuficiente, pues no habilita a para representar a D<sup>a</sup>.

y D. en el procedimiento ni a desistir, renunciar o transigir sobre su objeto, se trata una "autorización" tan genérica que ni siquiera recoge qué acciones se autorizan, ni contra quién, ni con qué objeto

La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los derechos de sus asociados, que establece el art. 11 LEC, no es un supuesto de simple representación, pues el representante actúa en nombre de otro, que es quien en realidad es parte; mientras que en los casos del art. 11 LEC, es parte procesal la propia asociación y no sus miembros, por lo que no estamos ante una representación legal o voluntaria, sino ante una legitimación extraordinaria. Y consta con la documentación aportada, que los asociados en cuyo interés actúa autorizaron a esta asociación para que en su defensa e interés pudieran ejercer acciones judiciales, por la defectuosa comercialización de un producto, y aunque no se concrete cuales son esos productos y que acciones concretas vana a ejercitarse, ello deba considerarse insuficiente para las acciones ejercitadas en el presente proceso.-

**TERCERO.-** Se alega como siguiente motivo del recurso que la Sentencia desestima incorrectamente la excepción de caducidad deducida por Banco Santander, haciendo una interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 en materia de caducidad opuesta a la que la propia Sala Primera ha venido propugnando en sentencias dictadas más recientemente, y que correctamente aplicada al caso conllevaría la necesaria estimación de la excepción de caducidad.

La excepción de caducidad y el momento del inicio del computo del plazo de cuatro años en los contratos bancarios ya ha sido analizada por esta Sala en las Sentencias de 9 de noviembre de 2015, 16 y 18 de febrero, 11 de julio y 30 de noviembre de 2016 y 17 de enero de 2017, partiendo de la doctrina iniciada por la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 reiterada en distintos productos bancarios por las STS de 7 de julio y 16 de septiembre de 2015, 25 de febrero, 1 y 20 de diciembre de 2016 en las que se señala que el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo, sino que lo será el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error, o como señala la Sentencia 17 de junio de 2016 en relación a los bonos necesariamente convertibles en acciones - si bien no analiza directamente la caducidad de la acción-, señala que el momento determinante es el del canje en que al inversor le queda claro que las acciones que va a recibir no



tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos.

En el recurso se citan varios momentos en los que la entidad recurrente considera que debe fijarse el dies a quo; así en primer termino se señala que los asociados de la actora recibieron diversas comunicaciones descritas en la contestación a la demanda entre octubre de 2007 y septiembre de 2009 -documentos n. 20, 35, 36, 37 y 38- con diversa información sobre los valores, su cotización, etc., documentos no impugnados y que permitieron a D<sup>a</sup>.

y D. conocer que los Valores Santander eran un producto cuyo valor fluctuaba, así en la carta de octubre de 2007 se hacía referencia al carácter obligatoriamente convertible de los Valores Santander en acciones del Banco, y se concretaba, en 16,04 euros, el precio de conversión fijado el 17 de octubre de 2007. No puede estimarse como inicio del plazo de caducidad dicho momento pues la propia dinámica de este producto supone que el importe que los compradores vayan a recibir finalmente estará sujeto a fluctuación a lo largo del período que transcurra desde la perfección del contrato hasta la fecha del canje, voluntario u obligatorio.

En segundo término se hace referencia a la información fiscal facilitada, así en 2008 el valor de cada título era de 2.906 euros, o en 2011 de 2.156 euros, cuando habían abonado, en 2007, 5.000 euros por cada título, y también hace referencia al doc. nº 15 de la demanda correspondiente al año 2012 en que se fija el valor al 45 % de su valor nominal, momento en se produce el *"evento que permite la comprensión real de las características y riesgos del producto adquirido por medio de un consentimiento viciado por error"*, en tanto constaba claramente la bajada de valor de los Valores Santander. Tampoco puede acogerse dicho argumento, tal como viene manteniendo esta Audiencia Provincial, así en la Sentencia , Sección 4<sup>a</sup> de 30 de junio de 2017 en relación a

este mismo producto se señala que la pretendida información que la entidad bancaria le remitía a efectos fiscales no puede adoptarse como día inicial, ya que se recoge una pluralidad de datos y en cuyo conjunto fácilmente pasa desapercibido lo relacionado con ese producto financiero; y también ha sido abordado por esta Sala en Sentencia de 9 de junio de 2017 al señalar que "la mera referencia numérica a la cotización o al importe efectivo, sin mayor aclaración, pueda servir para que la actora pudiera llegar a entender los riesgos del producto contratado, máxime cuando durante todo este período se estuvieron abonando intereses".

Por último, señala la entidad recurrente que a partir del año 2008, con ocasión de cada ventana de conversión voluntaria de los Valores Santander, los extractos que se acompañaron como documento nº 39 de la contestación, en los que se informaba de la *"opción voluntaria de canje/conversión de 'Valores Santander' en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Santander"*, con indicación del precio de conversión de la acción en cada una de esas ventanas. Tampoco puede acogerse dichos periodos de conversión voluntaria, en primer termino porque en las supuestas comunicaciones remitidas por la entidad recurrente, ni tan siquiera consta el nombre de D<sup>a</sup>.

y D. , por lo que no puede entenderse acreditado que efectivamente se envió dicha información, y al margen de ello, al no llevarse a cabo ninguna de dichas conversiones, sino que se llevo a cabo en el momento de la conversión obligatoria, debe ser ese el momento para el inicio de plazo de caducidad, tal como señala la Sentencia de instancia, y por ello debe desestimarse que la acción de anulabilidad se encuentre caducada.-

**CUARTO.-** El siguiente motivo del recurso señala que la Sentencia aprecia indebidamente la concurrencia de error en el consentimiento en la contratación de los Valores Santander, por incorrecta valoración de la prueba, y ello en base a las

siguientes consideraciones: la experiencia inversora de Dña. y D. descarta el error alegado en la demanda; la documentación contractual acredita que el Banco facilitó a Dña. y D. información clara y directa sobre los Valores Santander; el contenido del Tríptico informativo; la información verbal suministrada; la suscripción de la segunda orden se financió con un préstamo; el supuesto (e inexistente) error sería inexcusable y, por tanto, no susceptible de constituir vicio invalidante del consentimiento; y por último, que los contratos supuestamente viciados habrían sido convalidados.

En relación a la experiencia inversora de D<sup>a</sup>.

y D. señala que hasta el año 2007, acumularon 500.000 euros en participaciones preferentes emitidas por Banco Santander (entonces BSCH) que son de la misma naturaleza que las litigiosas Participaciones SOS (adquiridas en diciembre de 2006) y de mayor riesgo y complejidad que los Valores Santander.

Evidentemente estamos examinando la contratación de los indicados Valores Santander, por lo que la alegación de que los actores tenían previamente suscritas participaciones preferentes del propio Banco, puede valorarse fundamentalmente en relación a la posterior suscripción de las participaciones preferentes SOS Cuétara, al tratarse de productos de análoga naturaleza, pero que siendo productos complejos no tienen la misma naturaleza y características que los Valores Santander que en un primer momento tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo -en el presente caso un TAE del 7,50% con liquidación trimestral y del segundo al quinto año euribor a 3 meses + 2,75%- y tras la conversión en un producto de renta variable.-

**QUINTO.-** Se alega por la entidad bancaria que se facilitó a los actores una información clara y directa sobre los

Valores Santander a través de la documentación contractual de las órdenes de compra y el contenido del Tríptico informativo, la información verbal suministrada, y la suscripción de la segunda orden que se financió con un préstamo.

Con carácter previo debemos matizar la complejidad de los Valores Santander, si bien esta Sala inicialmente señaló -al igual que otras Secciones de esta Audiencia-, así en Sentencia de 4 de abril de 2014, que no nos encontrábamos ante un producto que conllevara un riesgo sensiblemente más elevado que las acciones propias del Banco Santander ya que se trataba de *"un producto dotado desde un principio de total liquidez, dado que los Valores eran negociables en la Bolsa de Madrid y tenían ventanas anuales de canje voluntario por acciones y por otra parte, el riesgo derivado de su subordinación, vinculado a la insolvencia del emisor se veía en este caso desdibujado por la fuerte y notoria posición dominante de la entidad emisora en el mercado bancario"*; debemos modificar dicho criterio -como ya hicimos en nuestra Sentencia de 21 de septiembre de 2017- a la vista de la STS de 17 de junio de 2016 en que se examinan las características que reviste la contratación de un producto de inversión financiera semejante al aquí litigioso, como eran los bonos convertibles en acciones del Banco Popular, en la que se afirma lo siguiente: *"Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que 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; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado" calificando que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado, y que 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 y para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión.*

Dada la fecha de suscripción de los Valores Santander - anterior a la trasposición de la Directiva MiFID-, como ha señalado de forma reiterada el Tribunal Supremo (así en STS de 27 de junio de 2017 por citar una de las mas recientes) la normativa del mercado de valores daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de 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. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su

insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, que las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de *"asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados..."*. Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Por otro lado, también ha de señalarse que la entidad bancaria venía obligada al asesoramiento y no a la mera comercialización, durante la vigencia del producto, ya que de tal entidad partió la oferta y la recomendación de la inversión.

En cuanto al cumplimiento de la entidad bancaria de su deber de información, debemos recordar que es la entidad bancaria quien debe acreditar haber proporcionado al cliente información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero, y que la falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la

pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultaron debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada (STS de 16 de septiembre de 2016 entre otras).

No puede entenderse suficiente acreditado el deber de información por parte de la entidad bancaria ya que el hecho de que en la orden de suscripción figura una leyenda de acuerdo con la cual los suscriptores afirman haber recibido y leído antes de la firma de la orden el tríptico informativo y que conocen y aceptan la complejidad y riesgos del producto ya que conforme a la doctrina jurisprudencial antes señalada, de esa declaración de conocimiento no resulta, sin más, la realidad del hecho, correspondiendo al demandado la prueba cumplida de su veracidad; no consta que los actores firmaran en el tríptico por lo que no puede considerarse acreditada su entrega y además, aún partiendo como hipótesis de que les fuera entregado, el tríptico se habría entregado al momento de la suscripción de la primera orden (20 de septiembre de 2007), con lo que no se cumpliría la exigencia del necesario lapso temporal suficiente que ha de mediar entre la recepción de la información y la suscripción del producto para que el cliente pudiera asimilar y evaluar aquélla para decidir con conocimiento de causa; y segundo, que el propio tríptico, in fine, alerta sobre que no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni la describe exhaustivamente, remitiendo y recomendando la lectura de la Nota de Valores que consta de 93 paginas.

Por otro lado, en relación al alcance del reconocimiento contenido en las Ordenes de Compra, hemos de rechazar su atendibilidad siguiendo la STJUE de 28-XII-2014 (C 449/13) que, en base a la Directiva de Crédito al Consumo, desestima que las cláusulas de reconocimiento predispuestas puedan

significar efectivo reconocimiento pleno de lo suscrito, como también lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de abril de 2013 y 12 de enero y 20 noviembre de 2015, al referir que las menciones predispuestas por la entidad bancaria consistentes en declaraciones no de necesidad sino de conocimiento, se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y tampoco puede entenderse debidamente acreditado a través de la testifical practicada, que no puede calificarse de concluyente, en relación a la información prestada sobre los efectivos riesgos concurrentes en el producto, tanto por su vinculación profesional, así como que solo uno de los testigos fue quien intervino en la contratación del producto. Tampoco desvirtúa dicha conclusión el hecho de que para segunda orden de compra se solicitase un préstamo

La ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (tal como ha declarado la jurisprudencia a partir de las STS de 12 y 20 de enero de 2014), y dado que en este caso, tampoco consta que los demandantes sean expertos en el mercado de valores, y por tanto no están obligados a buscar por su cuenta asesoramiento experto ni pueden saber qué información concreta ha de requerir al profesional, por lo que el error debe considerarse excusable y por tanto confirmar la nulidad por error en el consentimiento.-

**SEXTO.-** Se alega asimismo por la entidad recurrente que los dichos contratos fueron convalidados puesto el banco les envió información sobre la evolución del producto sin que formularan queja o protesta alguna.

Debemos tener presente que el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 3 de febrero y 19 de julio de 2016 y 27 de junio de 2017 señalan que como regla general *"ni la percepción de*



devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono".

Ciertamente en la Sentencia de instancia señala en su Fundamento Octavo "con condena de la demandada a reintegrar a la actora el importe nominal de las órdenes de compra, con los intereses legales que correspondan sobre el nominal invertido devengados durante ese periodo hasta su devolución, previa compensación de las cantidades recibidas por la actora en concepto de rendimientos, recobrando la demandada la titularidad de los acciones recibidas por esta última como consecuencia del canje" y asimismo se plasma en el fallo, sin hacer expresa mención a los intereses legales devengados desde la fecha de cada uno de los abonos, si bien la parte ahora recurrente podía haber solicitado en la instancia la correspondiente aclaración por dicha omisión y además tal como señala la citada Sentencia del Tribunal Supremo "la jurisprudencia viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma", por lo que siendo una consecuencia directa e inmediata del art. 1.303 del Código Civil no cabe apreciar la infracción denunciada y en ejecución de la presente resolución deberán tenerse en cuenta los intereses devengados desde cada uno de los pagos recibidos por los demandantes.-

**OCTAVO.-** En relación a la contratación de las participaciones SOS se alega por la entidad recurrente la improcedencia de la acción indemnizatoria, ya que la acción anulatoria estaba caducada, que los supuestos incumplimientos de las obligaciones de información que en la demanda se le imputan se habrían producido con anterioridad a la celebración del contrato y que sin embargo, para que pueda dar lugar a responsabilidad contractual, el incumplimiento, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del

*liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria" por lo que existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los suscriptores de los citados valores hubiesen subsanado dicho vicio por las comunicaciones o información fiscal que se dice remitida..*

**SÉPTIMO.-** Se alega infracción del art. 1303 CC al determinar las consecuencias restitutorias derivadas de la declaración de nulidad de la suscripción de los Valores Santander cuando la sentencia fija tales consecuencias respecto de Dña. \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_, las circunscribe a la devolución de los rendimientos percibidos durante la vida del producto, pero no añade el interés legal que tales importes han devengado desde su cobro por los suscriptores y ello con cita de la STS de 30 de noviembre de 2016.

Tal como señala la recurrente en relación con el alcance de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de este tipo de contratos bancarios por error en el consentimiento el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de noviembre de 2016 recuerda que "los efectos de la declaración de nulidad de adquisición de estos productos financieros alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes, lo que implica que los efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés

contrato, de forma que los alegados incumplimientos de deberes precontractuales se han de canalizar necesariamente a través de la acción de anulación, no de las acciones de responsabilidad contractual.

Tampoco puede compartirse dicho argumento puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo así en STS de 18 de abril de 2013, 30 de diciembre de 2014, 10 y 13 de julio y 30 de diciembre de 2015, 16 de noviembre de 2016 señalan que no cabe *"descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad"* y en consecuencia, cabe ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa sobre el mercado de valores, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado, y que ese perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.-

**NOVENO.-** Se alega que la Sentencia de instancia en primer lugar, no valora el perfil de los asociados de la actora, quienes ya habían adquirido participaciones preferentes en varias ocasiones antes de la suscripción de las litigiosas Participaciones SOS; en segundo termino, que no consta ningún esfuerzo en la parte actora para acreditar la infracción invocada, y sin embargo así se considera por la Sentencia; y por ultimo, no se tiene en cuenta que D<sup>a</sup>.

y D. decidieron libre e informadamente, en diciembre de 2010, acudir al canje voluntario de las Participaciones SOS, canjeando

voluntariamente tales participaciones por acciones de la mercantil SOS Corporación Alimentaria -hoy Deoleo-, acciones que fueron vendidas años después por los clientes, actos que evidencian el conocimiento de las características del producto que tenían contratado y existe una falta de relación causal entre la actuación de Banco Santander y la indemnización que se reclama

En relación a la posible adquisición de participaciones preferentes del BSCH, del que la recurrente señala que presenta características similares a las participaciones SOS, se señala por la recurrente que D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup>.

invirtieron en Participaciones Preferentes BSCH Serie III y IV, en concreto, hasta el año 2007 acumularon 500.000 euros en participaciones preferentes siendo las últimas adquiridas en los meses de enero y febrero de 2007 por un importe conjunto de 96.000 euros y que se mantuvieron en cartera hasta los meses de septiembre y octubre de 2007, cuando fueron amortizadas para financiar la adquisición de Valores Santander.

No puede llegarse a la conclusión que plantea la recurrente, puesto que las Participaciones SOS fueron adquiridas por los actores el 1 de enero de 2006, y de la documentación aportada por la demandada (a quien correspondía acreditar la suscripción previa de las participaciones BSCH) solo queda acreditado de la información fiscal que se adquirieron con posterioridad participaciones SCH Finan. S/III en fecha 29 de enero y 5 de febrero de 2007, mientras que del resto de participaciones SCH Finan. S/III y S/IV solo consta las fechas de transmisión, pero no cuando fueron suscritas por los ahora demandantes.

Por otro lado, aun cuando se admitiese que había suscrito previamente otras participaciones preferentes, no lo convierte tampoco en experto, puesto que la entidad recurrente no ha probado que en esas inversiones anteriores se le hubiera dado

una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías, lo cual solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente (así en STS de 16 de noviembre de 2016).

En segundo termino, alega la recurrente que los actores no alegan que infracción se ha producido por la demandada, debiendo recordarse, como ya señalamos en relación a los Valores Santander, que es la entidad bancaria quien debe acreditar haber proporcionado al cliente información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero, y que la falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, y ninguna prueba se ha aportado a las actuaciones en relación a que tipo de información pudo suministrarse en el momento de la contratación de las participaciones preferentes.

Por ultimo, el argumento utilizado por la recurrente de que los demandantes acudieron al canje voluntario de las Participaciones SOS por acciones de la mercantil SOS Corporación Alimentaria -hoy Deoleo-, acciones que fueron vendidas años después por los clientes son actos que evidencian el conocimiento de las características del producto que tenían contratado y existe una falta de relación causal entre la actuación de Banco Santander y la indemnización que se reclama, no puede compartirse, puesto no se esta ejercitando una acción de nulidad -en la que con esta alegación se pretende la confirmación del contrato, lo cual ya indicamos que no es viable- sino ante una acción de indemnización de daños y perjuicios, en la que carece de cualquier fundamento sostener que el canje de los títulos por acciones y la posterior venta de éstas neutralice de cualquier modo su viabilidad, o incluso pretender que han sido el origen de la pérdida sufrida, cuando lo único que se ha pretendido

con ello es minimizar los daños y perjuicios que son los que constituyen objeto de reclamación.-

**DÉCIMO.-** Por último, señala la recurrente que el perjuicio sufrido en relación con las Participaciones SOS no es el que se determina en la sentencia, puesto que se cuantifican las pérdidas sufridas en 74.967 euros, cantidad resultante de descontar del importe de la inversión la cantidad obtenida por la venta de las acciones recibidas tras el canje, pero no se tiene en cuenta que, durante la vigencia del contrato, estuvieron percibiendo la remuneración pactada (17.266,22 euros), de la que no puede prescindirse a la hora de calcular el perjuicio sufrido, que debe concretarse en el resultado de restar al capital invertido (100.000 euros) lo recuperado (25.032,16 euros) y los rendimientos obtenidos por Dña.

y D. (17.266,22 euros), es decir, 57.701,62 euros.

Tampoco puede acogerse dicho motivo impugnatorio ya que en la contestación a la demanda no se especificó el importe concreto de los rendimientos y en la propia Sentencia de instancia se condena a la entidad bancaria al pago en concepto de indemnización de daños y perjuicios a los actores del importe de 74.967,84 euros y dicho importe debe compensarse *"con las cantidades percibidas en concepto de cupones y dividendos"*, por lo que ya se contempla aun cuando no se concrete su importe exacto.-

**UNDÉCIMO.-** En cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia deben imponerse a la parte recurrente, al desestimarse el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la LEC.-

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente

## F A L L O

**SE DESESTIMA** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO DE SANTANDER, S.A. contra la Sentencia de 9 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón en autos de Procedimiento Ordinario número                      y, en consecuencia, **SE CONFIERMA** dicha resolución en todos sus términos, con imposición de las costas causadas en esta instancia a la entidad apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.