



Roj: **SAP B 6057/2017 - ECLI: ES:APB:2017:6057**

Id Cendoj: **08019370012017100373**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2017**

Nº de Recurso: **944/2015**

Nº de Resolución: **418/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DOLORS MONTOLIO SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148155787

Recurso de apelación 944/2015 -B

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 01 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 793/2014

Parte recurrente/Solicitante: Remigio

Procurador/a: Jaume Guillem Rodriguez

Abogado/a: Miguel Duran Campos

Parte recurrida: BANCO SANTANDER, S.A., SANTANDER EMISORA 150 SAU

Procurador/a: Ildelfonso Lago Perez

Abogado/a:

SENTENCIA N° 418/2017

Lugar: Barcelona

Fecha: 25 de julio de 2017

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por las Magistradas Doña Amelia MATEO MARCO, Doña María Dolores Montolio Serra y Doña M^a Teresa MARTÍN DE LA SIERRA GARCÍA FOGEDA, actuando la primera de ellas como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **944/15**, interpuesto contra la sentencia dictada el día 11 de junio de 2015 en el procedimiento nº 793/14, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona en el que es recurrente Don Remigio y apelados **SANTANDER EMISORA 150 SAU y BANCO SANTANDER, S.A.**, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Desestimo la demanda promovida por Remigio contra BANCO SANTANDER, S.A. y Santander Emisora 150, SAU. Se imponen las costas procesales a la parte actora."

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 **Doña Maria Dolors Montolio Serra**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio.

D. Remigio formula demanda contra Banco Santander SA y Santander Emisora 150 SAU con la pretensión que se declare la nulidad de la orden de suscripción del producto financiero denominado Valores Santander y de cualquier documento relacionado con éste por haber concurrido dolo en el consentimiento, y subsidiariamente error, y consiguientemente se condene a las demandadas a restituirle los 60.000€ invertidos con intereses legales desde la inversión y simultáneamente se le devuelvan los rendimientos obtenidos y las acciones producto de la conversión obligatoria. De forma subsidiaria, solicita que se declare resuelta aquella operación por incumplimiento por parte de la demandada de su deber de información, diligencia y lealtad en la comercialización y con las mismas consecuencias económicas y con imposición de las costas a las demandadas en cualquier caso.

Explica en la demanda que en la actualidad tiene 78 años, que toda su vida se ha dedicado a trabajar como médico y que carece de conocimientos en productos financieros. Que su perfil era conservador puesto que no quería asumir ningún riesgo.

Añade que desde hacía muchos años era cliente de la oficina del Banco de Santander de la calle Balmes 350 de Barcelona y llegó a tener una gran confianza con su directora quien, en septiembre de 2007, se puso en contacto con él para ofrecerle y aconsejarle un producto que se le presentó como ideal para él porque le daba buenos intereses, sin riesgo de capital, similar a un plazo fijo y con vencimiento a 5 años. Con tales explicaciones y en la confianza que se le merecía la entidad y la directora de la oficina, suscribió la orden de compra por 60.000€.

No fue hasta que estalló el escándalo del Banco de Santander con este producto que supo sus verdaderas características y los riesgos que conllevaba.

Sostiene que la entidad demandada le engañó, abuso de su confianza y le omitió información necesaria anteponiendo sus propios intereses a los de su cliente para quien era absolutamente inapropiado el producto que se le ofreció con aquella incorrecta información. Precisamente por la confianza existente, firmó todos los documentos que se le presentaron.

Añade que el 4 de octubre de 2012 tuvo lugar la conversión obligatoria de los Valores Santander al que nunca ha prestado su consentimiento.

Banco de Santander, SA y Santander Emisora 150 SAU contestaron a la demanda alegando, en síntesis, que el Sr. Remigio realizó la inversión de forma consciente, voluntaria y habiendo sido correctamente informado de las características y riesgos del producto. Por otra parte, en junio de 2012 llevó un acto concluyente que la confirmó como fue la conversión voluntaria en acciones mucho antes que tuviera lugar la conversión obligatoria habiendo hecho suyos durante todo este tiempo los correspondientes rendimientos habiendo recibido en tal concepto 13.883,49€. Añade que el motivo real de la presente demanda es el descenso de la cotización de las acciones pretendiendo por la vía instada que sea la entidad la que asuma este riesgo.

Niega que el perfil del Sr. Remigio fuera de un inversor conservador puesto que tenía una larga experiencia inversora con productos complejos y de riesgo como fondos de inversión, bonos del Estado y acciones de diversas entidades, entre ellas el propio Banco de Santander.

La sentencia desestima la demanda. Descarta, en primer lugar, que al canje anticipado por acciones pueda atribuírsele efecto confirmatorio porque siendo el canje obligatorio, lo único voluntario era la anticipación. En segundo lugar, tampoco la percepción de los rendimientos puede interpretarse como un acto propio porque se trata de un efecto general y propio de muchos productos, así como que Banco de Santander se limitara a comercializar el producto sin llevar a cabo labores de asesoramiento.

No obstante, entiende que el demandante no tiene el perfil conservador sin conocimientos financieros que se ha querido presentar en la demanda y, si bien es cierto que el producto presenta una innegable complejidad,



no más que otros que otros que el mismo había suscrito con anterioridad. Y así concluye que en el presente caso el perfil y experiencia inversora del actor impide calificar el producto de especial riesgo para el mismo.

Contra dicha resolución recurre el demandante que insiste en sus pretensiones. Invoca errónea valoración de la prueba en relación a su experiencia y conocimientos en la materia y en concreto de este producto así como en relación a la eficacia, transparencia e información de los documentos que constituyen los contratos litigiosos. Añade que no se le facilitó correcta información sobre el producto contratado ni se evaluó su conveniencia y que sufrió error esencial y excusable. Refiere finalmente que se han infringido las normas jurídicas y la jurisprudencia aplicable a esta controversia jurídica.

Las demandadas solicitan que se desestime el recurso y se confirme la sentencia dictada en la 1ª instancia.

SEGUNDO.- Naturaleza jurídica del producto financiero litigioso.

El Sr. Remigio invirtió en unos valores negociables emitidos por una entidad totalmente participada por Banco de Santander que fue quien las comercializó.

Como manteníamos en nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2016 " *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 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 "*

Se trataba de un producto que presentaba una elevada rentabilidad inicial y una rentabilidad posterior que era variable. Su riesgo, como decíamos en aquella anterior sentencia, " *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 "*

Se trata, por tanto, de un instrumento financiero complejo, en el sentido técnico-jurídico de la Ley del Mercado de Valores, y sujeto a esta normativa (artículo 79 bis 8, en relación con el artículo 2.2 LMV).

La propia entidad admite esa calificación. En la propia orden de suscripción se hace mención al Real Decreto 629/1993 y se califica como *Producto Amarillo* lo que indica, según la propia entidad (Nota de Valores presentada a la CNMV), que se trataba de un producto con nivel de riesgo y complejidad de "tipo medio".

TERCERO.- Deber de información.

I. La inversión se llevó a cabo en fecha anterior a que fuera traspuesta al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/30/CE de 21 de abril, sobre mercados financieros (MIFID) que lo fue con la promulgación y publicación de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre. No obstante, no puede obviarse que con esta normativa no se ha hecho más que acentuar los principios y previsiones que ya preveía la Ley 24/1988 de 28 de julio del mercado de valores en una clara progresión en la protección del inversor.

Así, afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio del 2016 que también la normativa **pre - MiFID** contenía " *especiales deberes de información que trataran de paliar la asimetría informativa que existe en la contratación de productos financieros complejos con clientes que no son inversores profesionales "* y remitiéndose a su sentencia 60/2016, de 12 de febrero recuerda que « *también con anterioridad a la trasposición de la Directiva **MiFID** , 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" (Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre y 547/2015, de 20 de octubre).

En la STS de 18 de abril de 2013 y con remisión a la jurisprudencia del TJUE(STJUE de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86,) se recuerda 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. Por tanto, aunque en el momento de suscribirse los Valores Santander no estuviese traspuesta todavía la normativa MiFID, las obligaciones de la entidad demandada deben interpretarse de conformidad con aquella Directiva poco después traspuesta.

En cualquier caso, el artículo 78 LMV 1988 ya imponía a las entidades de crédito respeto a las normas y códigos de conducta ministerialmente aprobadas y en el 79, se hacía hincapié al deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y asegurarse de que disponían de toda la información necesaria sobre los mismos manteniéndolos siempre adecuadamente informados. Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo establecía unas concretas normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, entre las que se encontraba la de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de la que dispusieran cuando ésta pudiera ser relevante para que pudieran aquellos adoptar decisiones de inversión y de manera clara, correcta, precisa, suficiente y además entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, debiendo hacer hincapié en los concretos riesgos que cada operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

Posteriormente, al trasponerse aquella Directiva con la Ley 47/2007 expresamente se impone a las entidades que presten servicios de inversión la obligación de "comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo" (artículo 79 LMV). Y en concreto al referirse al deber de información, refiere que "a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes(...). La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (artículo 79 bis.3 LMV).

A esta obligación de información veraz y comprensible ya se refirió el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de julio de 2014 señalando que " el cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC (...)" Y añade en la de 24 de abril del 2015, que este deber de información "presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo conozca no sólo sus características, sino también los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada ".

CUARTO.- Perfil del demandante, génesis de la contratación y asesoramiento.

I. Para examinar si la demandada cumplió con el deber de información que le era exigible y que debía prestar a su cliente es necesario determinar su perfil como inversor. Y si es así es porque la condición de un perfil minorista del cliente comporta para la entidad la exigencia de " un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión " (sentencia del Pleno de la Sala 1ª de 18 de abril de 2013). En esta sentencia se hace especial referencia a la necesidad de



facilitar " información completa y clara " y a las " exigencias de claridad y precisión en la información " que ha de alertar " sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva " añadiendo expresamente que " la obligación de información que establece la normativa legal [...] es una obligación activa, no de mera disponibilidad ".

Al respecto de este deber, razona el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 2014 que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

El demandante invoca su condición de cliente con perfil minorista. Las demandadas sin atribuirle un perfil distinto lo que sostienen es que el Sr. Remigio era una persona acostumbrada a realizar inversiones financieras con riesgo. Quien fue empleada de la oficina en la que aquel operaba habitualmente, al comparecer como testigo, ha explicado que se trataba de un cliente de "perfil moderado, no conservador" que tenía un buen número de productos de riesgo. A los autos se ha aportado listado y detalle de los mismos.

En relación a esta cuestión , el Tribunal Supremo ha señalado que puede perfectamente ocurrir que el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tenga el perfil de cliente experimentado y que la información que se le ha suministrado, si bien no fuera suficiente para un cliente no experto, sí lo sea para quien tenga experiencia y conocimientos financieros (SSTS 207/2015 de 23 de abril y 323/2015 de 30 de junio).

La experiencia inversora del cliente resulta así relevante a fin de determinar si era capaz de comprender, a partir de la información que se le facilitó, la naturaleza y riesgos del producto que se le ofreció por parte de la demandada. En definitiva, es el desconocimiento de los concretos riesgos asociados al producto financiero que se contrata lo que pone en evidencia que la representación mental que se hizo el cliente del mismo era equivocada y así presumir de esa falta de información y conocimientos el error vicio que ha de llevar a su anulación (STS de 16 de febrero de 2016).

II. La prueba practicada permite concluir que Banco de Santander prestó labores de asesoramiento. Según establece el artículo 4.1.4 de la Directiva 2004/39/CE , aclarado por el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE (STJUE caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) y recoge la STS 20 de enero 2014 , se presta un servicio de asesoramiento cuando se efectúa "una recomendación personalizada a un inversor **que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público**".

Es necesario distinguir al respecto, como decíamos en nuestra sentencia de 31 de julio de 2015 (R. 789/2013), entre " asesoramiento recurrente y puntual". Mientras que el primero es aquel en el que el cliente tiene una relación continuada con su asesor que periódicamente le presenta recomendaciones de inversión, en el segundo la relación comercial con el cliente no se desarrolla habitualmente en el ámbito del asesoramiento sino que la entidad realiza una concreta recomendación de inversión.

En este sentido 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:

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".

la comercialización masiva entre los clientes de banca comercial de productos complejos de riesgo medio o alto, realizada por los bancos en 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.

Por contra, "n o se considerará que constituya asesoramiento, (...) las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial" (**artículo 63.1 g/ LMV**).

Por tanto, cabe advertir asesoramiento en materia de inversión cuando exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos, ya sea explícita o implícita, siempre que la recomendación sea personalizada, es decir, que se presente como idónea al inversor basándose en sus circunstancias personales.

En el presente caso, la empleada que normalmente trataba con el Sr. Remigio ha explicado que se trataba éste de un cliente habitual, que una vez a la semana o cada dos, acudía a la oficina para conocer y valorar con ella la evolución de sus productos. Por otra parte, reconoció que fue la entidad la que en un primer momento se puso en contacto con sus clientes para hacer un primer sondeo para ver quienes podrían estar interesados con el producto y que fue ella misma quien se lo ofreció al Sr. Remigio no recordando, sin embargo, si le llamó por teléfono o aprovechó una de sus visitas a la oficina para explicárselo.

No parece, pues, arriesgado afirmar que efectivamente, en el presente caso, se prestó asesoramiento por parte de la demandada.

QUINTO.- Valoración de la prueba de la información ofrecida.

Del mismo modo que hizo al contestar la demanda en los procedimientos de los que dimanaban los rollos de apelación 447/2014 y 24/2015, la demandada mantuvo que los Valores Santander eran un producto económicamente 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 la actora toda la información relevante sobre el producto, como ella misma reconoció al firmar la Orden de suscripción. La asimilación, a nivel de riesgo, de los Valores Santander con las acciones del Banco de Santander la ha efectuado la propia empleada de la demandada al comparecer como testigo. Esta asimilación de riesgo sería la que se presentó al cliente según resulta de su declaración.

No es ésta, sin embargo, la opinión de este Tribunal y en estos términos lo razonábamos en nuestras sentencias de 1 de febrero y 23 de septiembre de 2016. Así manteníamos que *"los Valores Santander eran un producto complejo, según se ha razonado anteriormente, y además con un funcionamiento que no era sencillo. 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 (...). 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(...)"*.

Pues bien, la prueba practicada no permite apreciar que se haya dado cumplimiento a esas estrictas obligaciones de anticipada información de la que sea posible deducir el conocimiento del producto por parte del demandante.

Ante todo señalar que las demandadas no han llamado al Sr. Remigio para que explicara cómo se le ofreció el producto y contestara las preguntas que se pudieran formular en relación a las circunstancias de la contratación y la información que verbalmente se le facilitó.

Por su parte la testigo que se ha aportado, la Sra. Elena, tras reconocer que fue ella quien le ofreció y explicó este producto y explicar que se asimilaba el riesgo de este producto al de las acciones de la propia entidad que el cliente ya tenía, ha declarado que el Sr. Remigio sabía que aportaba dinero para comprar un banco holandés y que se trataba de un producto del propio Banco Santander que carecía de una garantía especial. Añadió que le explicó el tríptico donde ya constan los riesgos pero no así la "nota de valores" porque no lo hacía nunca, salvo que el cliente se lo pidiera ya que no era obligatorio. Tras explicar que le informó de la conversión de las obligaciones y de la posibilidad de amortización anticipada acudiendo a un mercado secundario, reconoció que no le explicó que la remuneración dependía de la voluntad del emisor ni que sus beneficios dependían de los que obtuviera Banco de Santander.

Admitió asimismo que no se le entregó documentación con anterioridad a la contratación. Recordar en este punto que esa entrega simultánea no cumple con las exigencias de información por así exigirlo tanto el entonces vigente RD 629/1993 como el actual artículo 79 LMV (SSTS 460/2014 de 10 de septiembre, 769/2015 de 12 de enero, 102/2016 de 25 de febrero, 603/2016 de 6 de octubre).

Por otra parte, como también razonábamos en las sentencias anteriormente citadas en la orden de compra nada se 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". Estas menciones predispuestas no son suficientes para entender que Banco Santander cumpliera con las obligaciones que le incumbían. Con cierta reiteración ha mantenido la jurisprudencia (por todas, STS de 12 de enero de 2015) que *las fórmulas estereotipadas de declaración de conocimiento, no de voluntad, no pueden suplir los deberes de*



información a cargo del oferente porque " se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos ". Resultaría inútil la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación 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 (STS 244/2013, de 18 abril).

Se ha de tener en cuenta que la orden de suscripción es de 20 de septiembre del 2007 y no fue hasta el día anterior que el tríptico y la nota de valores fueron registradas en la CNMV (f. 185). En la propia Web de la CNMV aconsejaba que antes de efectuar la inversión se consultara el tríptico (f. 559)

En cualquier caso, y como razonábamos en nuestra sentencia de 1 de febrero de 2016 " *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 (...)* 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, -amén de que su valoración sería al 116 % de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles-, 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, la prueba practicada no permite tener por acreditado que la demandada cumpliera con su obligación de facilitar al demandante completa y correcta información sobre las características y riesgos de ese producto concreto de manera que, con sus conocimientos y experiencia, le fuera posible valorarlo y examinarlo con antelación suficiente a la fecha de la inversión.

SEXTO.- Vicio de la voluntad. Error en el consentimiento. Excusabilidad del error.

Reiterada jurisprudencia viene exigiendo que el error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. Aunque el código civil no recoge expresamente este requisito, lo deduce la jurisprudencia de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. De este modo se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Así razona al respecto la mencionada sentencia de 25 de febrero del 2016 que " *la diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.(...) Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración "*

Y así, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión " *el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados*



que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras".

Y es que, como ya mantenía la STS de 17 de diciembre de 2008, siendo cierto que no siempre es equiparable en términos absolutos la falta de correcta información y el error vicio, también lo es que "en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba" (SSTS 21 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013). Se trata del que se conoce como "error provocado" al que se refiere el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL) que la jurisprudencia utiliza como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en el Código Civil.

En su sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014 el Tribunal Supremo, después de recordar la anterior doctrina según la cual "[P]or sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio" añade que "no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. (...) Por otra parte, en este tipo de contratos, el error, que ha de recaer sobre su objeto, afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Este razonamiento, efectuado en un supuesto en el que el producto ofrecido era un swap, es de perfecta aplicación al presente caso.

Pues bien, como se ha apuntado, en el supuesto que se examina, aparece como suficientemente seguro, que la falta de una correcta información precontractual provocó en el demandante un error sobre el producto (objeto del contrato), entendido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (STS 25 de mayo de 1963), que invalida el consentimiento (artículo 1266CC) y da lugar a la nulidad del negocio jurídico.

En definitiva, como razona el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 2014, antes citada, "la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Finalmente, y en relación a la excusabilidad del error ha mantenido la jurisprudencia que, debido a los elevados estándares de protección del inversor, vigentes incluso durante la normativa pre-Mifid, no basta cualquier formación o experiencia previa para afirmar aquella inexcusabilidad, sino que ha de ser específica del tipo de producto de que se trate.

En conclusión, el recurso ha de ser estimado y con él estimada la demanda pues, como razona el juzgado, la operación no habría quedado tácitamente confirmada. En este concreto punto se han compartido los razonamientos del Juzgado y por tanto a lo que se razona en los fundamentos sexto, séptimo y octavo hemos de remitirnos en lo que sea menester.

SEPTIMO.- Efectos de la nulidad

"Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". En estos términos lo establece el artículo 1303 CC. Éstos y no otros son los efectos que conlleva la anulación de los contratos.

En definitiva, lo que prevé la ley es que tras la nulidad se proceda a la restitución volviendo *ex tunc* a la situación anterior. Al tratarse de un efecto legal, y no contractual, el Tribunal deberá así declararlo, amparado incluso por el principio de *iura novit curia*. Como ha mantenido el Tribunal Supremo en alguna resolución (por todas STS 9 de noviembre de 1999) se trata de una consecuencia ineludible que ni tan siquiera sería necesario reflejar en la parte dispositiva de la sentencia.



En consecuencia, declarada la nulidad del contrato lo que procede es la restitución por parte de la demandada del capital íntegro de la inversión con el interés legal desde la fecha del desembolso. Por su parte el demandante deberá de devolver a la demandada los rendimientos obtenidos del producto durante los años de su vigencia más los recibidos con posterioridad a través de las acciones en las que se convirtió con intereses legales desde la respectiva fecha de percepción así como la devolución de las propias acciones recibidas.

OCTAVO.- Costas.

Las costas causadas en la primera instancia son a cargo de las demandadas (artículo 394.1 LEC).

No se hace expresa imposición de las costas que derivan de la apelación (artículo 398.2 LEC)

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesta por D. Remigio contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona de fecha 11 de junio de 2015 en los autos del que dimana el presente rollo de apelación y revocamos esta resolución; en consecuencia estimamos la demanda formulada por D. Remigio contra SANTANDER EMISORA 150 SAU y BANCO SANTANDER, S.A., declaramos la nulidad de la operación de compra de Valores Santander suscrita por ambos litigantes el día 20 de septiembre de 2017 con los efectos restitutorios que se indican en el último párrafo del séptimo de los fundamentos de derecho.

Las costas de la primera instancia son a cargo de la demandada y no se hace expresa imposición de las que deriven de la apelación.

Con devolución del depósito consignado por el 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.