



Roj: **SAP PO 449/2013 - ECLI: ES:APPO:2013:449**

Id Cendoj: **36038370012013100091**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2013**

Nº de Recurso: **107/2013**

Nº de Resolución: **163/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00163/2013

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 107/13

Asunto: ORDINARIO 326/11

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 3 TUI

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 163

En Pontevedra a cuatro de abril de dos mil trece.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 326/11, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tui, a los que ha correspondido el Rollo núm. 107/13, en los que aparece como parte apelante-demandado: BANCO SANTANDER SA, representado por el Procurador D. GEMMA ALONSO FERNÁNDEZ, y asistido por el Letrado D. CARLOS ENRIQUE BORRAS DÍAZ DE RABAGO, y como parte apelado-demandante: D. Elsa , D. Dimas , DÑA. Estefanía Y DÑA. Felicidad , representado por el Procurador D. SUSANA TOMAS ABAL, y asistido por el Letrado D. TOMAS SANTODOMINGO HARGUINDEY, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tui, con fecha 20 septiembre 2012, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda deducida por la Procuradora Dª María Teresa Muiños Torrado, en nombre y representación de Dª Elsa , D. Dimas , Dª Estefanía y Dª Felicidad , frente a BANCO DE SANTANDER SA, y en consecuencia:



-DECLARO NULO el contrato denominado "PARTIC.PREF.GRUPO SOS CUETARA" suscrito entre D^a Elsa y D. Dimas y BANCO DE SANTANDER, SA. Con fecha 31 de marzo de 2009, ordenando a los actores a entregar al Banco Santander las cantidades que por intereses derivados del referido contrato hayan percibido, y CONDENO a BANCO DE SANTANDER, SA a devolver a D^a Elsa y D. Dimas la cantidad de 50.000 euros más los intereses legales desde la reclamación judicial hasta el completo pago.

-DECLARO NULO el contrato denominado "PARTIC.PREF. GRUPO SOS CUETARA" suscrito entre D^a Estefanía y BANCO DE SANTANDER, SA con fecha 28 de noviembre de 2006, ordenando a la actora a entregar al Banco Santander las cantidades que por intereses derivados del referido contrato hayan percibido, y CONDENO a BANCO DE SANTANDER, SA a devolver a D^a Estefanía la cantidad de 50.000 euros más los intereses legales desde la reclamación judicial hasta el completo pago.

-DECLARO NULO el contrato denominado "PARTIC.PREF.GRUPO SOS CUETARA" suscrito entre D^a Felicidad y BANCO DE SANTANDER SA con fecha 28 de noviembre de 2006, ordenando a la actora a entregar al Banco Santander las cantidades que por intereses derivados del referido contrato hayan percibido, y CONDENO a BANCO DE SANTANDER, SA a devolver a D^a Felicidad la cantidad de 50.000 euros más los intereses legales desde la reclamación judicial hasta el completo pago.

-Se impone el pago de las costas a la demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Banco de Santander SA, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por Doña Elsa , D. Dimas , Doña Estefanía y Doña Felicidad contra el BANCO SANTANDER S.A., en la que se ejercita de forma acumulada, acciones de nulidad de los contratos denominados "PARTIC. PREF. Grupo SOS CUETARA" con los efectos interesados en la demanda de devolución de cantidades entregadas en ejecución de dichos contratos y el pago de intereses.

Considera la sentencia de instancia que en la suscripción de los respectivos contratos concurrió error invalidante del consentimiento, pues los demandantes contrataron las participaciones preferentes recibiendo una información errónea de que tenían liquidez inmediata y sin informar correctamente no sólo de las características del producto sino también de sus posibles riesgos como la imposibilidad de recuperación del capital invertido, lo que implica una contravención de la legislación protectora de los consumidores y usuarios y la legislación reguladora del mercado de valores, sobre las características complejas y de alto riesgo del producto adquirido. Señala la sentencia impugnada que la carga de la prueba de haber proporcionado la información correcta al tiempo de suscribir el contrato corresponde a la entidad financiera.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por el Banco demandado que, a modo de principio, considera que el motivo de interesar la nulidad de los contratos no es el supuesto error o vicio en el consentimiento, sino que es el hecho de que el producto, tal y como aparecía en los contratos firmados por las partes, no era garantizado y en el contexto de la crisis económica actual ha dejado de generar intereses para los suscriptores.

El primer motivo de recurso se centra en el error en la valoración de la prueba. Considera que mediante la aportación de los contratos debidamente firmados acredita la facilitación de la información de los demandantes, no pudiendo exigírsele mayor ni diferente prueba pues se trataría de una prueba diabólica. Considera que tiene que ser la parte actora la que acredite el error, y no hacer cargar con la prueba a la demandada. Señala la parte apelante que su participación ha sido la mera comercialización de las participaciones emitidas por un tercero con las obligaciones propias del contrato de custodia y administración de valores, no tratándose de una venta asesorada por el BANCO SANTANDER.

Además considera que el producto es sencillo, de fácil entendimiento por cualquier persona habituada al comercio de productos bancarios, como eran los demandantes. Que cumplió fielmente con su deber de comercialización y no existe prueba de que los demandantes pudieran confundir el producto con una imposición a plazo fijo o similar. En este sentido interpreta los documentos obrantes en autos y el interrogatorio de los testigos.

El segundo motivo de recurso se centra en error en la aplicación de la norma sustantiva relativa al error como vicio del consentimiento que, como todo vicio del consentimiento, deben ser apreciados con extraordinaria



cautela, de modo excepcional y restrictivo. Manifiesta la parte apelante que las PARTICIPACIONES PREFERENTES SOS CUÉTARA son valores emitidos por una sociedad que no contienen participaciones en su capital ni derecho a voto, con rentabilidad no garantizada y de carácter perpetuo, que no cotizan en el mercado continuo pero sí en un mercado secundario. Considera que tales contratos no están viciados, siendo inadmisibles la generalidad con que se establece la nulidad de los mismos cuando es de aplicación el principio de conservación de los contratos, citando a continuación una serie de sentencias tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales que sustentan su posición.

SEGUNDO.- Aun cuando la parte apelante realiza una crítica en relación a la falta de individualización de la sentencia respecto de cada uno de los demandantes, la crítica no es acertada pues, como veremos, se trata de situaciones prototípicas que revisten un mismo esquema personal y contractual. Así los cuatro demandantes son personas de avanzada edad, sin que consten estudios relevantes, que obedecen al perfil de pequeños ahorradores en productos sin riesgo que colocan sus ahorros confiados en la información que les proporcionan los empleados del Banco. Así se deduce, además de los datos objetivos de la edad y la no constancia de estudios o conocimientos específicos, al igual que la falta de aportación de un historial de inversiones con riesgo, del interrogatorio de quienes fueron director y subdirector de la sucursal del BANCO SANTANDER en La Guardia. El primero, Sr. Segismundo , señala en su interrogatorio que los demandantes eran clientes de productos seguros y confiaban en los empleados del banco, así como que tenían plazos fijos. El segundo, Sr. Cosme pone en evidencia como se trata de clientes de hace muchos años a los que se ofrecía el producto, que no consideraba que fuera de alto riesgo. A tales clientes les llamaba el Banco para ofrecerles estos productos, a clientes que les parecían de mejor solvencia.

Efectivamente ni la edad ni los escasos estudios son determinantes de una situación de incapacidad, como se queja la parte apelante, pero tales circunstancias unidas a las que evidencian los testigos referenciados y, por lo tanto, perfectamente conocidas por la apelante, evidencian un perfil de pequeño ahorrador y consumidor, que realiza pequeñas inversiones en productos sin riesgo, preferentemente productos como depósitos a plazo fijo, en cuya decisión resulta determinante la información y asesoramiento que reciben de los empleados de la sucursal en la que son considerados como clientes "de toda la vida" y solventes. Así, en la compra de las participaciones preferentes que les fueron ofertadas en su momento, tres de ellos abonaron el precio con la liquidación de depósitos a plazo fijo, sólo uno de ellos lo fue con la liquidación de otro producto similar pero que nada añade a lo expuesto dado el perfil similar de todos ellos, de forma que, el hecho de haber adquirido, en las mismas condiciones que se analizarán, productos similares, nada añade al caso.

Es importante resaltar, también con carácter previo al examen concreto de los motivos del recurso que, la documentación aportada es insuficiente para obtener un conocimiento cabal de los contratos de venta de participaciones preferentes especialmente en orden a su contenido, descripción del producto objeto del contrato, sus requisitos, condiciones, efectos y prestaciones de las partes. Tanto los demandantes como la demandada se limitan a aportar la solicitud u orden de compra/venta, que sirve para múltiples tipos de operaciones de esta naturaleza con independencia del producto objeto del mismo, y que en el presente caso se define con un escueto "PART. PREF. SOS CUÉTARA", constando también, a modo de cláusula tipo que: " el ordenante declara que el BANCO SANTANDER ha puesto a su disposición, en el caso de que así sea exigido por la legislación vigente, ejemplares del Documento de Registro y la Nota sobre los Valores de la Oferta y sus suplementos, incluido el Resumen del mismo, que han sido verificados e inscritos en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)". O que "el ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia. Reconoce igualmente que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos.....".

En el caso de los hermanos Elsa Dimas se añade una segunda hoja, de formulario, firmada en la casilla A por los mencionados, en la que se dice que "el cliente ha sido informado por el Banco Santander que la realización de esta operación no es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero objeto de la misma, lo cual el cliente reconoce y asume y declara, a pesar de ello, que decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa". La parte demandada aporta con su contestación a la demanda anexos de modelo en que figura la manifestación de los clientes de haber sido informados de las características y riesgos del producto, suscribiéndolo después de proceder a su análisis y que ha solicitado por su propia iniciativa la suscripción del producto.

Similar documentación contractual se aporta respecto de las otras dos demandantes, en cuyo caso ya se clasifica el producto PARTICIPACIONES PREFERENTES GRUPO SOS como "producto rojo" en el caso de Doña Estefanía , y en el que se dice haber recibido información detallada del producto, entendiendo la descripción del producto y la documentación del mismo, a pesar de que requieren la utilización de términos y expresiones técnicas complejas, de forma que, comprende el producto y sus características y, en particular, que el producto implica un riesgo relevante respecto a amortización anticipada por parte de emisor, la posible pérdida de



parte del capital invertido, y su liquidez. Asegura a continuación que tras recibir toda la información que ha estimado necesaria, considera que el producto es adecuado a su experiencia y objetivos de inversión. La parte demandada aporta con su contestación a la demanda anexos de modelo en que figura la manifestación de la cliente de haber sido informada de las características y riesgos del producto, suscribiéndolo después de proceder a su análisis y que ha solicitado por su propia iniciativa la suscripción del producto.

Finalmente en el caso de Doña Felicidad , con la orden de compra y calificación de producto rojo, se aporta como anexo al contrato una manifestación de haber sido informada en la sucursal de las características y riesgos del producto, y ha decidido proceder, una vez hecho el análisis, a suscribirlo. Documento también "tipo" respecto de cualquier producto financiero. La parte demandada aporta con su contestación también el mismo documento en que se clasifica el producto PARTICIPACIONES PREFERENTES GRUPO SOS como "producto rojo" y en el que se dice haber recibido información detallada del producto, entendiendo la descripción del producto y la documentación del mismo, a pesar de que requieren la utilización de términos y expresiones técnicas complejas, de forma que, comprende el producto y sus características y, en particular, que el producto implica un riesgo relevante respecto a amortización anticipada por parte de emisor, la posible pérdida de parte del capital invertido, y su liquidez. Asegura a continuación que tras recibir toda la información que ha estimado necesaria, considera que el producto es adecuado a su experiencia y objetivos de inversión.

Del examen de dicha documentación puede extraerse como conclusión que, en ningún lugar se explica el producto que se vende, en ningún apartado se especifica en qué consisten las participaciones preferentes SOS CUÉTARA respecto de las que los demandantes ordenan o solicitan su compra o adquisición. Al no definirse ni explicarse el producto, al menos por escrito, es difícil comprender el mismo y sus características, y prestar sobre el mismo todo tipo de sortilegios manifestativos de comprensión del mismo y asunción de riesgos.

Manifestaciones que, al ser contrastadas con el interrogatorio de los testigos, especialmente Don. Segismundo y delSr. Cosme , evidencian la falta de correspondencia de su contenido con la realidad de lo ocurrido. Ambos testigos, director y subdirector de la sucursal bancaria, únicamente refieren del producto sus mayores intereses respecto de otros productos como depósitos a plazo fijo, pero ninguna otra característica, por lo que resulta imposible aceptar que dieran una adecuada explicación a sus clientes sobre las características y descripción del producto que les ofertaban. Es más, resultan elocuentes las manifestaciones Don. Cosme , que trataba directamente con los clientes en relación a estos productos, cuando resalta como característica del producto participaciones preferentes sos Cuétara, su liquidez inmediata, es decir, que en dos o tres días se conseguían vender, que no era un producto de alto riesgo, pero que ahora "cuando ha venido esto" lee los contratos y se lleva una sorpresa. Es evidente que quien informaba a los clientes no conocía adecuadamente el producto ni, por lo tanto, podía valorar sus riesgos de forma adecuada. En tales circunstancias era imposible que pudiera informar adecuadamente a los clientes de un producto complejo como el que nos ocupa, advirtiéndolo, de una manera comprensible a los demandantes, del producto que les estaba ofreciendo, especialmente, como ya se ha indicado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias de cada uno de ellos, sin formación alguna sobre algún conocimiento mínimamente especializado respecto de productos financieros, ni, concretamente, sobre participaciones preferentes.

TERCERO.- Como se ha indicado ya anteriormente, el primer motivo de recurso se centra en el error en la valoración de la prueba.

Considera la parte apelante que mediante la aportación de los contratos debidamente firmados acredita la facilitación de la información de los demandantes, no pudiendo exigírsele mayor ni diferente prueba pues se trataría de una prueba diabólica. Considera que tiene que ser la parte actora la que acredite el error, y no hacer cargar con la prueba a la demandada. Señala la parte apelante que su participación ha sido la mera comercialización de las participaciones emitidas por un tercero con las obligaciones propias del contrato de custodia y administración de valores, no tratándose de una venta asesorada por el BANCO SANTANDER.

Además considera que el producto es sencillo, de fácil entendimiento por cualquier persona habituada al comercio de productos bancarios, como eran los demandantes. Que cumplió fielmente con su deber de comercialización y no existe prueba de que los demandantes pudieran confundir el producto con una imposición a plazo fijo o similar. En este sentido interpreta los documentos obrantes en autos y el interrogatorio de los testigos.

El motivo debe ser desestimado. Lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, al valorar la prueba documental y testifical practicadas en el proceso, evidencian que no existe un error en la valoración de la prueba ni se ha procedido a una inversión de la carga de la prueba contraria a los derechos de la parte apelante. Pero para valorar más adecuadamente los submotivos de la impugnación resulta necesario precisar una serie de cuestiones tales que, el carácter sencillo (como sostiene la parte apelante) o complejo del producto vendido,



las participaciones preferentes; en función de la anterior consideración, las exigencias de información a la parte demandada y su prueba; y situación de cada parte contractual en función de la normativa aplicable al caso.

Sin otra definición ni concreción en la documentación contractual aportada respecto del producto objeto de adquisición más que se trata de participaciones preferentes, sino se establece especialidad alguna, como tales han sido definidas por la doctrina especializada como: activo de renta fija o variable privada no acumulativa, condicionada, de carácter perpetuo pero amortizable anticipadamente, subordinado y carente de derechos políticos.

La participación preferente se regula en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente.

La participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Superficialmente parece responder a un valor de deuda por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex arts. 401 y ss. LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

En realidad se trata de productos complejos, volátiles, a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas", y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio).

Otro aspecto que añade complejidad al concepto es la vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución sino que, bien al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado ante la falta de demanda.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo como alega la parte apelante. Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurran las siguientes tres condiciones: (i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

La participación preferente es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos.



La consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas. La empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir determinadas obligaciones, y entre ellas, por lo que ahora interesa, una obligación de información imparcial, clara y no engañosa.

Deber de información reduplicado cuando de consumidores y usuarios se trata, como es el caso y es reconocido por la propia parte apelante. Consumidores minoristas como ya se ha aclarado en el fundamento jurídico segundo que, según lo dispuesto ya en el art. 13 Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, o en su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 60, debe existir una información previa al contrato, relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Información comprensible y adaptada a las circunstancias.

En el supuesto que nos ocupa en modo alguno consta que, ni de forma documental ni verbalmente, se haya proporcionado una información a los demandantes sobre el producto que se les ofrecía, que reúna las exigencias legales. Atendiendo al perfil de los demandantes es claro el esfuerzo de información habría que realizar para explicar las características de este producto financiero, antes recogidas sucintamente, pues se trata de personas de avanzada edad, sin estudios ni conocimientos especializados que se conozcan, lo que pudo haber sido puesto en cuestión mediante su interrogatorio, pero la propia parte apelante renunció a su práctica ya en el acto del juicio. El propio testigo Don. Cosme, en referencia a la demandante Sra. Estefanía, es claro cuando señala que considera que la misma no entendía lo que le vendía. En realidad ni ella ni los otros demandantes pues lo único que se les ofrecía era un producto de alta rentabilidad, y de liquidez inmediata, pero en modo alguno se ofreció información sobre la verdadera naturaleza del producto, que no solo determina su complejidad sino que son de elevado riesgo y de liquidez limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión, como ha señalado la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Lo cual determina incluso que, la escasa información dada a los demandantes, distorsionaba la realidad sobre la adecuada calificación del producto.

Siendo así que la información otorgada a los demandantes ha sido insuficiente, quien sostiene su suficiencia, la entidad apelante, es precisamente la gravada con la carga de su prueba, por lo que cualquier incertidumbre sobre los hechos relativos a la misma solo a ella puede perjudicar. La obligación de informar corresponde a la entidad financiera de servicios de inversión, y por lo tanto, a ella compete acreditar los hechos que impidan o enerven la pretensión que contra ella se ejercita. Así la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en este sentido puede citarse la STS 14 noviembre 2005).

Es de precisar que lo expuesto es de aplicación a todos los demandantes por más que los hermanos Elsa Dimas adquirieran las participaciones en marzo de 2009, ya en vigor el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, así como la actual redacción de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, en su redacción dada, por lo que al caso interesa (especialmente los arts. 78 y ss) por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que modificó la Ley del Mercado de Valores, que además añade una letra «h» en el nuevo art. 2 LMV que recoge las participaciones preferentes como valores negociables, y por tanto, sujetos a su regulación.

Ha de recordarse que mediante esta Ley se traspuso a nuestro Ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), que fue desarrollada por medio del RD 217/2008, de 15 de febrero. Mediante esta nueva regulación se profundizó en la finalidad reforzar la protección de la clientela a través del incremento y mejor definición de los deberes a cargo de las entidades financieras. Entre estos deberes destaca, como pieza fundamental en el sistema de tutela del interés general, la necesaria clasificación singular de los clientes en función de sus conocimientos financieros, previa a la perfección de ningún contrato que tuviera por objeto alguna de las operaciones reguladas por la Ley.

A ello debe añadirse que no existe ni rastro ya del test de idoneidad (art. 79 bis 6 LMV) ya del test de conveniencia (art.79 bis 7 en relación con el RD 217/2008), a través de los cuales la entidad financiera debería evaluar y determinar el perfil inversor de sus clientes.



En el caso de las otras dos demandantes, Doña Estefanía y Doña Felicidad , adquirieron sus participaciones financieras a finales de noviembre de 2006. Pero ya en dicha fecha, el deber de información al consumidor estaba expresamente contemplado en su normativa como se ha expuesto, y en relación a la legislación especial del mercado de valores, aunque menos desarrollada que en la actualidad legislativa reseñada, también. El anterior art. 79 LMV ya establecía la obligación de informar y mantener siempre adecuadamente informados a sus clientes, que no es más que un aspecto del deber más amplio de comportarse con diligencia y del principio general de la buena fe que debe presidir también este sector de la contratación. Adicionalmente, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, que actualmente se encuentra derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, aseveraba que las entidades debían suministrar a sus clientes todo tipo de información relevante en atención a su eventual decisión en materia inversora, habiendo de dedicar el tiempo y la atención precisos para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Se añadía que la información tenía que ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo.

Finalmente resaltar que la parte apelante, en grado de apelación que no en la instancia, alega que su participación ha sido la mera comercialización de las participaciones emitidas por un tercero con las obligaciones propias del contrato de custodia y administración de valores, no tratándose de una venta asesorada por el BANCO SANTANDER. Sin embargo es lo cierto que sobre tal cuestión no existe más que oscuridad o ambigüedad pues en modo alguno se ha clarificado a través de los correspondientes medios de prueba el papel desempeñado por la entidad financiera demandada, apareciendo como el oferente y vendedor de un producto financiero existente en un mercado especializado. Al menos es la posición que adopta de forma aparente frente a los demandantes y que asume en primera instancia, sin que sea dable discutirlo ahora de forma novedosa.

CUARTO.-El segundo motivo de recurso se centra en error en la aplicación de la norma sustantiva relativa al error como vicio del consentimiento que, como todo vicio del consentimiento, deben ser apreciados con extraordinaria cautela, de modo excepcional y restrictivo. Manifiesta la parte apelante que las PARTICIPACIONES PREFERENTES SOS CUÉTARA son valores emitidos por una sociedad que no contienen participaciones en su capital ni derecho a voto, con rentabilidad no garantizada y de carácter perpetuo, que no cotizan en el mercado continuo pero sí en un mercado secundario. Considera que tales contratos no están viciados, siendo inadmisibles la generalidad con que se establece la nulidad de los mismos cuando es de aplicación el principio de conservación de los contratos, citando a continuación una serie de sentencias tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales que sustentarían su posición.

Se trata de invocaciones generales que no resultan de aplicación al caso. Nos encontramos ante pequeños ahorradores, clientes minoristas de una entidad bancaria, que son llamados por la misma para ofrecerles un producto financiero sobre el que le ofrecen una información absolutamente insuficiente, no solo incompleta sino también errónea. Las participaciones preferentes son ofrecidas como productos de alta rentabilidad y liquidez inmediata. Y si bien es cierto que en determinados momentos la rentabilidad fue buena, nada se especificó sobre el alto riesgo que implicaban, su liquidez limitada, dependiendo de una amortización anticipada de la entidad emisora o bien de la existencia de demanda un mercado de renta fija, de lo que deriva su carácter cautivo, así como la degradación del producto desde la perspectiva de la preferencia crediticia. Y ello en un marco jurídico, ya expuesto, de una obligación de información reforzada a cargo de la entidad demandada, que ha incumplido de forma clara e insostenible. De esta forma, los demandantes en modo alguno pudieron formar adecuadamente su voluntad contractual al carecer de elementos sensibles e imprescindibles para poder conocer el alcance del negocio jurídico que les era ofrecido, sin que tal defecto les sea reprochable pues se limitaron a asentir a la oferta que les proponían los empleados de la sucursal en la que eran clientes al menos desde hacía treinta años, y por lo tanto, confiados en la bondad del producto que se les presentaba como de alta rentabilidad. Es imposible presumir en los demandantes conocimientos suficientes, siquiera mínimos, para poder salir de su error.

Los requisitos que ha de reunir el error padecido para poder sustanciar una acción de anulabilidad del contrato vienen recogidos en el art. 1.266 del Código Civil , que es del siguiente tenor: "para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido causa principal del mismo. El simple error de cuenta solo dará lugar a su corrección".

Señala la STS 21 noviembre 2012 que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.



Así en primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración.

Y que para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas-, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.....De igual modo, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras-.

Por otro lado, también dice la meritada sentencia que, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo- exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Pero también es de recordar que, como señala la STS 12 noviembre 2004 , para explicar el carácter excusable del error, que éste no sea imputable a quien lo padece.

Pues bien, todos estos elementos confluyen en el supuesto que se ha definido en este proceso, cuando en la formación de la voluntad y emisión del consentimiento ha sido determinante la falta de información, o la información errónea ofrecida por quien estaba legalmente obligado a llevar a cabo con la diligencia que le es exigible, respecto de un producto financiero complejo, cuyas características esenciales no son expuestas a los clientes que, normalmente y especialmente en el caso que nos ocupa, carecen de otros medios para acceder a una información altamente especializada. Aquí adquiere sentido las exigencias de información genéricas en el ámbito de los consumidores y usuarios, y reforzada en una materia tan especializada como los mercados de valores y mercados financieros, que tratan de equilibrar, de algún modo, la posición de inferioridad de los clientes minoristas, cuya actuación resulta excusable cuando confían en el buen hacer y asesoramiento de los empleados de la sucursal bancaria a la que llevan acudiendo muchos años, sin tener la menor conciencia de los altos riesgos a que se exponen, y que de hecho se han realizado en una situación económica que les impide acceder y recuperar, cuando menos, las cantidades invertidas en supuestos productos de inversión segura y rentable.

QUINTO.- Procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO SANTANDER S.A. contra la sentencia de 20 septiembre 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 3 Tui en el juicio ordinario nº 326/2011, confirmando la misma con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.