



Roj: **SAP LO 357/2015 - ECLI:ES:APLO:2015:357**

Id Cendoj: **26089370012015100357**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2015**

Nº de Recurso: **239/2014**

Nº de Resolución: **188/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

SENTENCIA: 00188/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA

LOGROÑO

Domicilio : VICTOR PRADERA 2

Telf : 941296484/486/489

Fax : 941296488

Modelo : SEN00

N.I.G.: 26089 37 1 2009 0100590

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 239/2014 -M

ILMOS.SRES.

PRESIDENTE:

DON ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ

MAGISTRADOS:

DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

DON RICARDO MORENO GARCÍA

SENTENCIA Nº 185 DE 2015

En LOGROÑO, a veintiocho de julio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de LOGROÑO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 83/2013, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de LOGROÑO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 239/2014, en los que aparece como parte apelante, **Amelia**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA ESTELA MURO LEZA, asistida por la Letrado D^a ESTHER LUMBRERAS CHECA, y como parte apelada, **BANCO DE SANTANDER, S.A.**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA CONCEPCION FERNANDEZ-TORIJA OYON, asistida por el Letrado D. DAVID FERNANDEZ DE RETANA GOROSTIZA, siendo Magistrado Ponente la Ilma. **DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 2 de mayo de 2014 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia Instancia núm. 4 de Logroño, en cuyo fallo se recogía:

"Que desestimando como desestimo la demanda presentada por la Procuradora Sra. Palacio Angulo en nombre y representación de Amelia contra BANCO SANTANDER S.A. debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, sin imposición de costas."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de doña Amelia se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido, con traslado a la otra parte para que en 10 días presentase escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la deliberación, votación y fallo el 25 de junio de 2015, si bien por razones de trabajo tuvo lugar dicha deliberación el día 29-06-2015. Es ponente doña MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia desestima la demanda formulada por doña Amelia frente al Banco de Santander, en ejercicio de acción de nulidad del contrato de adquisición de valores suscrito el 24 de septiembre de 2007, por vicio del consentimiento error, alegando que firmó dicho contrato en la creencia de que se trataba de un depósito a plazo, producto que le fue ofrecido por el banco, sin darle explicación suficiente sobre el mismo, y que doña Amelia, de 75 años de edad, sin estudios, dedicada a las labores del hogar, sin experiencia ni conocimientos financieros complejos, se fió de los empleados de la entidad demandada sucursal de Nájera, donde tenía todos sus ahorros en un plazo fijo, sin realizar la entidad test alguno de idoneidad ni de conveniencia del producto que ofertaba a su cliente, que solo ahora y a través de los medios de comunicación ha conocido el engaño y manipulación que padeció, solicitando además la nulidad de las pólizas de crédito que tuvo que contratar por su falta de liquidez, y para poder sobrevivir, pignorando los valores antes contratados, así como la nulidad de cualquier otra póliza de crédito que para la misma finalidad tenga que contratar en el curso del procedimiento. Alega en la fundamentación jurídica el desequilibrio de las partes en la contratación del producto, que el producto contratado es complejo y de alto riesgo, que tiene por finalidad la captación de fondos por la entidad bancaria para sus propios intereses, que en el contrato y en la información facilitada se habla de renta fija, lo que lleva a engaño sobre el producto, que la demandante ostenta la condición de consumidora o usuaria, que al contrato, cuyo condicionado, con cláusulas predispuestas redactadas por la entidad para una pluralidad de contratos iguales, le es de aplicación la Ley 7/1988 de 13 de abril, y el Texto Refundido de la Ley General de **Consumidores** y Usuarios, siendo las cláusulas que contiene, no negociadas individualmente, abusivas, de Condiciones Generales de la Contratación, concurriendo el vicio del consentimiento, error en el objeto esencial, en cuanto afecta a l producto adquirido, error de carácter esencial e inexcusable, siendo que la demandante suscribió el producto por la confianza con los empleados de la sucursal bancaria; error que el banco pudo haber evitado, y no lo hizo, incumpliendo las obligaciones de transparencia en la información bancaria en las operaciones complejas como la que nos ocupa, como exige el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, siendo el banco el que recomendó el producto a su cliente, si un previo estudio del perfil del mismo, como exigía el RD 629/1993, y sin informar de la naturaleza y riesgos del producto.

La sentencia de instancia estima que no se produjo el error alegado en la demanda, que doña Amelia fue informada del producto que contrataba, no solo por el director de la oficina, como él mismo declara en prueba testifical en el acto del juicio, sino por la documentación que le fue entregada, el tríptico informativo de la nota de valores registrado por la Comisión Nacional Del Mercado de Valores el 19 de septiembre de 2007, en el que se describen con detalle las características del producto, y en el que no se habla de depósitos sino de valores, con ejemplos de rentabilidad positivos y negativos, de modo que doña Amelia supo que contrataba un producto que se convertiría en acciones, y por tanto sujetas a cotización, sin reclamación alguna cuando el producto le dio una rentabilidad en intereses de 14000 euros, ni cuando le notificaron que sus obligaciones pasaban a convertirse en acciones, cuando se le informó que los valores habían sido admitidos a cotización en bolsa, y cuando se le informó que la cotización era inferior al precio de conversión, en septiembre de 2009; recibiendo nuevas acciones, suscribiendo dos órdenes de venta de las acciones, y contratando dos préstamos consecutivos con pignoración de valores, sin acreditar su falta de liquidez, no siendo hasta más de cinco años después de suscribir el contrato de valores, cuando pretende su nulidad.

Frente al pronunciamiento desestimatorio de la sentencia de instancia, se alza la apelante doña Amelia alegando error por inaplicación del art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en lo relativo al deber de información, la orden de compra y el tríptico informativo han supuesto una multa a la entidad Banco de Santander por el Consejo de la CNMV, por no disponer de la información necesaria sobre sus clientes en el



proceso de suscripción de la emisión del producto Valores Santander, y por falta de información a sus clientes; el banco debió informarse de las condiciones de su cliente, de sus ahorros, de su experiencia en productos de riesgo, contratando el producto la demandante en la confianza en los empleados de la entidad, así antes había contratado un depósito a plazo, después el producto recomendado Santander Equilibrio Activo, y un mes después se reembolsa éste y suscribe el producto Valores Santander, siguiendo las instrucciones del director de la sucursal, y en la creencia de que era un producto más adecuado a sus necesidades, sin que el director de la entidad le asesorara teniendo en cuenta los intereses de su cliente. Alega además la apelante error en la valoración de la prueba, pues el tríptico entregado a la cliente es informativo, no explicativo del producto, y en el mismo se indica que no contiene todos los términos y condiciones de la emisión, recomendando la lectura de la nota de valores, nota que consta de 94 folios, con varios anexos, la mayoría de ellos en inglés, el tríptico no informaba que las acciones pudieran llegar a valer poco más de cinco euros, como así ocurrió, y no es fácil de entender para alguien no experto en inversiones. Error en la valoración de las comunicaciones remitidas por la entidad demandada pues tal información tiene lugar después, no antes ni al momento de contratar. Error por aplicación indebida de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil pues la información no fue ni precisa ni clara ni adecuada a las características de la cliente, quien pensó que contrataba un depósito a plazo con alta rentabilidad el primer año, menos los siguientes, pudiendo recuperar su dinero cuando quisiera. Alega además la parte apelante que nadie contrata préstamos si no es por necesidad, y que pignorar los valores y vender las acciones no supone la comprensión del producto. Infracción del art. 376 sobre la valoración de las declaraciones de testigos, pues el testigo director de la sucursal defiende los intereses de su empleador, y si la sentencia hubiera estimado la demanda la sucursal de la que es director hubiera tenido que asumir la pérdida de los balances, lo que perjudica sus objetivos e intereses. Y suplica a la Sala dicte sentencia que estime el recurso, revoque la recurrida y estime la demanda con condena en costas a la adversa.

La entidad Banco de Santander se opone al recurso e impugna la sentencia de instancia en el extremo relativo a la no imposición de costas, alegando que doña Amelia había contratado previamente un fondo de inversión medio que vendió con pérdidas, por lo que era conocedora de los riesgos del mercado, recibió información detallada de los Valores Santander, tanto por el director de la sucursal como mediante la entrega del tríptico informativo, aprobado por la CNMV para todo inversor potencial, los créditos concertados posteriormente son sencillos y claros y por tanto no deben ser anulados, la pignoración de los valores en los mismos son un acto de conformación del contrato de valores, la actora durante años ha actuado con pleno conocimiento del producto suscrito, durante casi seis años ha recibido las cartas que explicaban la inversión, ha percibido intereses, ha suscrito créditos cuando ha necesitado liquidez, e incluso ha vendido parte de las acciones; no consta que fuera la entidad la que asesorara o recomendara, más allá de la comercialización, los Valores Santander; no se ha explicado por la actora en qué error incurrió al suscribir los contratos de préstamo y las pólizas de pignoración, el hecho de ser el testigo empleado del banco no desacredita su testimonio, fue la propia actora la que propuso su declaración que ha sido valorada por la juez de instancia conforme al principio de intermediación, y no hay motivo para dudar de la veracidad del testigo; la CNMV aprobó la emisión de Valores Santander dirigida a clientes minoristas, el tríptico contiene las características esenciales de la emisión, y es un documento válido para comercializar la inversión, ilustra sobre el funcionamiento del producto, con un ejemplo de pérdidas acusadas, las cartas posteriores informaron a la cliente sobre el desarrollo de la inversión, sin queja no reclamación alguna, lo que supone una convalidación del negocio, y con dichas cartas la cliente ya tuvo que conocer que lo contratado no era un plazo fijo sino unos títulos convertibles en acciones con arreglo a un precio prefijado, siendo informada de la cotización, no solo a través de las cartas remitidas sino a través de los resúmenes fiscales anuales en los que figuraba la cotización de las acciones; la actora no alega en la demanda el incumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento por parte del banco, sino la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, y además, el art. 63.1 g de la Ley del Mercado de Valores fue introducido con la Ley 47/2007 de 19 de diciembre que modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, por lo que no estaba vigente al momento de la contratación, y no se ha prestado por la entidad un servicio de asesoramiento de inversión, en todo caso e asesoramiento es una obligación de medios y no de resultados; las sanciones de la CNMV se refieren al ámbito administrativo y no civil. Y suplica a la Sala desestime el recurso con imposición de costas a la apelante. En cuanto a la impugnación de la sentencia, alega que no hay motivos para separarse del principio del vencimiento objetivo del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la decisión de no imponer las costas carece de motivación, refiriéndose genéricamente a ser una cuestión jurídica muy controvertida, y es incoherente con la valoración fáctica y jurídica de la sentencia apelada, que ha desestimado todas las pretensiones de la actora, y no parte de la existencia de dudas de hecho o de derecho, que no concurren siendo de larga evolución jurisprudencial el vicio del consentimiento, por lo que no cabe excepcionar la regla general del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y suplica a la Sala dicte sentencia que estime la impugnación y revoque la sentencia en el extremo relativo a la no imposición de costas a la actora.



SEGUNDO: Del examen de la documental aportada a las actuaciones resulta: el 9 de enero de 2006, doña Amelia había suscrito con Banco Santander un depósito a plazo de 72000 euros, con un interés del 2,22% anual.

El 2 de julio de 2007 dispuso anticipadamente de dicho depósito, y el 16 de julio de 2007 suscribió el fondo de inversión Santander Equilibrio Activo en la suma de 66000 euros, que fue reembolsado el 29 de septiembre de 2007,

Y el 24 de septiembre de 2007 doña Amelia suscribió con la entidad Banco de Santander S.A., sucursal de Nájera una orden de suscripción de 12 títulos valores denominados "Valores Santander", por importe de 60000 euros.

El documento de suscripción folio 20 de autos, aparece firmado por el representante de la entidad bancaria y por doña Amelia .

Al momento de la suscripción de los valores, doña Amelia recibió el tríptico de condiciones de emisión de los Valores Santander, folios 335 y 336 de autos.

En la información fiscal para el ejercicio 2007 remitida por la entidad Banco Santander a doña Amelia , consta una valoración proporcional de 61420,20 euros, al cambio medio de 5.118,35 euros.

El 12 de noviembre de 2010 doña Amelia suscribió con Banco Santander la póliza de crédito nº NUM000 , de 9300 euros con plazo de un año e interés nominal anual del 9,75%.

En la misma fecha 12 de noviembre de 2010 y en garantía de las obligaciones derivadas de la póliza, doña Amelia suscribió con Banco Santander la póliza de pignoración por la que constituía prenda sobre cuatro de sus títulos valores, con un valor unitario de 2956,65 euros.

El 12 de noviembre de 2011 doña Amelia suscribió con Banco Santander la póliza de crédito NUM001 , de 9700 euros con plazo de un año e interés nominal anual del 10,50%.

En la misma fecha 12 de noviembre de 2011 y en garantía de las obligaciones derivadas de la póliza, doña Amelia suscribió con Banco Santander la póliza de pignoración por la que constituía prenda sobre cinco de sus títulos valores, con un valor unitario de 2815,58 euros.

A fecha 7 de agosto de 2012 el saldo en la cuenta de valores de doña Amelia era de 25043,40 euros, siendo el valor al cambio del 41,73%.

Conforme a las condiciones de emisión de los Valores Santander, estos se convirtieron en acciones de Banco Santander el 4 de octubre de 2012.

TERCERO: Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 28 de mayo de 2015 , sobre el producto que nos ocupa: *"Sobre la naturaleza y características del producto financiero Valores Santander, cuya nulidad o resolución se pretende, ya se pronunció este Tribunal en reciente sentencia de 26 de diciembre de 2014 en la cual se decía: Los llamados " Valores Santander " son un producto mezcla de renta fija y renta variable. Emitidos por el Banco Santander a través de una sociedad instrumental con el objetivo de financiar la adquisición del banco holandés AbnAmro, mediante una OPA lanzada conjuntamente con Royal Bank of Scotland y Fortis, si la OPA fracasaba los valores quedaban configurados como un producto de renta fija que sería amortizado el 4 de octubre de 2008 con el pago de una rentabilidad del 7,5% TAE, pero si la OPA prosperaba, como así sucedió, los valores pasarían a tener la condición de producto de renta variable, debiendo ser canjeados por obligaciones convertibles con un interés anual equivalente al Euribor más un diferencial del 2,75%, que serían a su vez canjeadas por acciones ordinarias del Banco Santander de manera voluntaria en diferentes fechas y, en todo caso y de forma obligatoria, el 4 de octubre de 2012, de tal manera que al vencimiento no se recuperaría el capital invertido, sino acciones a un precio de canje prefijado y que después se redujo debido a ajustes por ampliaciones de capital. Como se expresa en el folleto registrado en la CNMV, capítulo 21, página 3, "Con ocasión de cada canje de los Valores Santander, las obligaciones necesariamente convertibles entregadas a los titulares de los Valores que hayan acudido al canje serán convertidas, a su vez, en acciones Santander . De este modo, los titulares de los Valores Santander que procedan a su canje adquirirán, indirectamente, acciones Santander". La fuerte caída de la Bolsa con la crisis financiera y los problemas de la zona euro hicieron que, en el momento del canje obligatorio los clientes perdieran un 55% de su inversión o el 30% si se incluyen los intereses percibidos durante cinco años, a diferencia de los que no esperaron al canje obligatorio y vendieron antes, que ganaron dinero.*

Se trata, por tanto, de un producto financiero complejo, con un importante factor aleatorio que lo convertía en un producto de riesgo, al estar vinculado a acciones en las que necesariamente se convertían los valores al producirse el canje, bien voluntariamente los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 o 2011, bien necesariamente el día 4 de octubre de 2012, no apto para ahorradores conservadores, por lo que debía ser ofrecido con el soporte



informativo necesario, lo que exige que las entidades que los ofrecen deban realizar un esfuerzo adicional proporcional al nivel de formación financiera de su cliente a fin de que éste pueda comprender el alcance de su decisión y valorar si le conviene".

CUARTO: Partiendo de la naturaleza y características del producto contratado, se requiere que al cliente le sea facilitada una información sobre el mismo clara y exhaustiva

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de Septiembre de 2012 : *"Con relación a la información debe ser citada Ley 7/1988 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación la que en sus artículos 5 , 7 y 8 sanciona la prohibición de establecer cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, con la consecuencia de poder ser declaradas nulas de pleno derecho, si ocasionasen un perjuicio a la parte adherente del contrato.*

La Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que en su artículo 48.2 , con el propósito de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre ambas partes, que los correspondientes contratos se firmen por escrito, debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

La Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores relativa a la contratación de productos financieros, con anterioridad a su reforma por la de 19 de diciembre de 2007, en su artículo 2 vino a incluir en su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre ellos los de permuta de tipos de interés, con independencia de la forma en la que se liquiden, y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario; exigiendo en su artículos 78 y siguientes a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con el mercado de valores , una serie de normas de conducta, tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre aquellos, manteniéndoles siempre adecuadamente informados .

El Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, que desarrollando las previsiones contenidas en la citada Ley de 1988, vino a imponer a las entidades de crédito la obligación de suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan, cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión; dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos; así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. Esos deberes impuestos a la demandada de actuar bajo los principios de transparencia, información y protección de los clientes minoristas, ... han venido a ser reforzados por la reforma operada en la citada Ley 24/1988 de 28 julio, a través de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre , que llevó a cabo la transposición de la normativa MIFID, y entró en vigor el 21 de diciembre de 2007."

Al contrato que nos ocupa, dada la fecha de suscripción, no le es aplicable la reforma de la Ley 24/1988 de 28 julio, a través de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre , que llevó a cabo la transposición de la normativa MIFID, y entró en vigor el 21 de diciembre de 2007, pero ello no quiere decir que la entidad Banco de Santander no debiera facilitara al cliente una información clara y exhaustiva, como ya exigían las normas anteriores a la reforma.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 24 de Mayo de 2012 señala: *"El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.*

La normativa del mercado de valores es prolija en orden al desarrollo normativo de la protección que se debe dispensar al cliente, sobre todo en la fase precontractual, dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia.

El art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , que es la aplicable por la fecha del contrato, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios, lo que desarrolló el Real Decreto 629/1993 disponiendo en el art.



5.3 que al cliente debe proporcionársele toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva".

QUINTO: Teniendo en cuenta la anterior normativa, de obligado cumplimiento, hemos de analizar pues si en el caso concreto ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del cliente y al tipo de contrato, como se ha dicho complejo y de alto riesgo, y la respuesta ha de ser negativa, concluyendo que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad de dicho contrato (art 1263 del CC).

Y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de Octubre de 2012 , por el principio de facilidad probatoria contenido en el art. 217.7º LECivil , incumbía a la entidad financiera demostrar en el proceso que cumplimentó el deber de información prenegocial de manera tal que el cliente alcanzara un pleno conocimiento de lo que le suponía la suscripción del contrato Y añade: *"La Sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 24 de mayo de 2.012 , con cita de otras muchas, confirma este modo de distribuir la carga probatoria a la vista de la normativa reguladora del mercado financiero:"se ha concluido que corresponde a las entidades de crédito acreditar el cumplimiento de tal obligación y de que el acreedor comprendió en lo necesario las características del producto contratado, lo que también resulta del criterio de la mayor facilidad o proximidad a la prueba que establece el art. 217 LEC , en tanto que por las normas que le son aplicables a su actuación las entidades de crédito han de conservar documentación de las operaciones y de la información dada."*

Las pruebas practicadas en el acto del juicio, no permiten estimar acreditado que la entidad bancaria cumpliera con el deber de información clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo hincapié en los riesgos que la operación conllevaba, de forma que doña Amelia conociera con precisión los efectos de la operación que contrataba.

Debe partirse de de las siguientes circunstancias que la Sala estima relevantes para la resolución del recurso: doña Amelia , de 75 años de edad, que ostenta la condición de consumidora, no tiene estudios, ni es experta inversora, sus operaciones bancarias han sido hasta el año 2007 depósitos a plazo, por lo que su perfil es de ahorradora, no de inversora; no constan otras inversiones que el cambio en el año 2007 del depósito a plazo al Fondo de Inversión Santander Equilibrio Activo, calificado por la entidad bancaria como de riesgo medio, y la inmediata cancelación de dicho fondo de inversión por el producto Valores Santander. De la declaración testifical de don Ildefonso , anterior director de la sucursal de Banco Santander en Nájera, que negoció el producto con doña Amelia , no puede estimarse que éste facilitara a ésta información suficiente y previa a la firma del contrato, de modo que doña Amelia pudiera comprender el alcance del producto que contrataba; dicho testigo no tenía un conocimiento profundo del producto Valores Santander, pues afirmó que la información que el mismo había recibido sobre dicho producto era una circular interna del banco, como se hace habitualmente con otros productos como plazos fijos o fondos de inversión, y debe señalarse que este producto no era igual o similar a los habitualmente comercializados por el banco; el señor Ildefonso en su declaración se limitó a dar una explicación genérica sobre el funcionamiento del producto; afirma que este producto no estaba en las oficinas, que se comercializó en unos quince días, y que en la sucursal de Nájera se llegaron a firmar más de cien contratos sobre el mismo, lo que revela que se comercializó en un muy corto espacio de tiempo y de forma generalizada para los clientes de la entidad, sin tener en cuenta las características individualizadas de cada uno de los clientes; declara además el testigo que una copia de la nota informativa estaba en la oficina a disposición de los clientes, de lo que se colige que a doña Amelia ni se le explicaron las características que de forma exhaustiva figuran en dicha nota informativa, ni se le entregó copia de la misma, ni el director de la sucursal le explicó el producto utilizando dicha nota informativa, que estaba en la oficina pero que no fue utilizada por el director de la sucursal para comercializar el producto, desde luego no en el caso de la contratación don doña Amelia . Y ello a pesar de que en el tríptico entregado a doña Amelia se señala que *"no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere. Se recomienda la lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de valores"*. Declara además el testigo que le dio a doña Amelia una explicación de más de 45 minutos, y que la cliente lo entendió todo, que no hizo ningún test de perfil ni valoró la conveniencia del producto, que él no valoraba nada, se limitaba a informar y explicar el producto y era el cliente el que tomaba la decisión. En el caso de doña Amelia , que tenía sus ahorros en un plazo fijo y luego en un fondo de inversión de riesgo medio, no puede sino concluirse de la declaración testifical del señor Ildefonso que la decisión de la cliente de suscribir los Valores Santander no fue otra que la información que recibió del director de la sucursal acerca de dicho producto, información como se ha señalado insuficiente; el testigo declara que el producto se le explicó a doña Amelia con el tríptico y se le entregó el tríptico, pero si hubo una sola reunión de 45 minutos con doña Amelia , debe concluirse que no hubo ninguna información previa precontractual, que permitiera a doña Amelia formar su voluntad con pleno conocimiento del producto que contrataba, pues en el mismo y único acto se le explicó el tríptico, se le



entregó y se firmó el contrato. Y todo ello aconsejada por el director de la entidad Banco de Santander sucursal de Nájera, como resulta de la declaración testifical de dicho director, don siendo que doña Amelia tenía sus ahorros en dicha entidad desde hacía varios años, y plena confianza en los empleados de la misma. El producto fue pues ofrecido por el banco, sin realizar una valoración previa acerca de la conveniencia de dicho producto para el nulo perfil inversor de doña Amelia . Y añade dicho testigo que l informó a doña Amelia del valor de su inversión, y se le ofreció la opción del crédito como alternativa a la venta de las acciones, buscando una corrección favorable del mercado, luego también fue la iniciativa del banco la que motivó que doña Amelia suscribiera las pólizas de crédito porque el director del banco le dijo que la previsión era que las acciones iban a subir y que la alternativa, no consta que se ofrecieran otras alternativas, era suscribir una póliza de crédito, y cuando venció la primera póliza, como la situación de las acciones era la misma, suscribir una prórroga, y así lo hizo doña Amelia , como le dijo el banco, pues en otro caso la venta de las acciones la hubiera supuesto una fuerte pérdida de la inversión, riesgo de fuerte pérdida que no consta le hubiera sido debida y suficientemente explicada a doña Amelia a fin de que esta pudiera decidir sobre mantener sus ahorros en el fondo de inversión que ya tenía, o aplicarlos al nuevo producto ofertado por el banco.

Son de aplicación los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2015 : "SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa, el producto en cuestión es el denominado " Valores Santander " que, según se describe, se trata de una emisión en principio vinculada a la operación de compra de ABN AMRO, como así sucedió, por lo que dicho valores se convertirían en obligaciones necesariamente, convertibles luego en acciones del Banco de Santander.

Vienen detalladas sus características y condiciones en la sentencia de la sección 4ª de 1 de octubre de 2014 , cuando dice:" producto de renta variable, de naturaleza compleja, híbrida, pues si bien inicialmente se tratan de bonos/obligaciones, con una rentabilidad variable, el primer año el 7'30% y los años sucesivos el Euribor más un 2'75%, posteriormente ese producto financiero se convierte necesariamente en acciones del Banco Santander, canje que como quedó expuesto en el fundamento de derecho precedente podía realizarse de forma voluntaria en unas fechas concretas y lo más tardar el 4 de octubre de 2.012,momento en el que el canje se producía obligatoriamente. Así pues, a la consumación del contrato el cliente no recupera el capital invertido, sino que necesariamente se convierte en accionista del banco con un coste prefijado en el contrato al valorar cada una de las acciones a canjear en el 116 % de su cotización cuando se emitan las Obligaciones Convertibles, de manera que en el futuro y dependiendo de la cotización de las acciones en bolsa, el resultado final podría suponer un beneficio o un quebranto económico para el inversor, lo que dota a dicho contrato de un carácter aleatorio con un importante componente especulativo, pues en definitiva se opera con la evolución futura de la cotización de las acciones de la entidad bancaria".

En este tipo de contratos, comercialización de productos bancarios y financieros a particulares, **consumidores**, condición que concurre en la demandante ahora apelada, el TS, a partir de su sentencia de Pleno de 20 de enero de 2014 , reiterada en las posteriores de 7 y 8 de julio , 8 de septiembre todas del año 2014 , y en la de 12 de enero de 2015 , ha venido destacando la significación y alcance de los deberes de información previa impuestos en la normativa del mercado de valores, justificándolo en 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 ".

Necesidad de protección acentuada por el hecho de que quien comercializa el producto no se limita a su distribución sino que su actuación va más allá del mero ofrecimiento o información del producto financiero que vende, siendo en ocasiones quien ayuda al cliente a interpretar la información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto, máxime en supuestos como el de autos en que la entidad bancaria no se limita a ofertar un producto financiero, sino que es ella quien lo crea con la aprobación de organismos públicos como el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Es por ello que quien conoce la operativa de ese producto bancario, es la propia entidad que lo genera y quien, por ende, debe facilitar al cliente información suficiente, clara, asequible del mismo, y ello con carácter previo a su suscripción, adoptando la diligencia necesaria a fin de cerciorarse que quien lo va a adquirir, conoce el producto, el riesgo que entraña su naturaleza eventual y especulativa, pues solo así puede formar correctamente su decisión de suscribir o no el producto financiero (sentencia AP Asturias, sección 4ª de 1 octubre de 2014). Esa obligación de informar de forma clara, cabal, suficiente, al cliente, actualmente regulada en la normativa MIFID y documentada en circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como la de 7 de mayo de 2.009, es cierto que no se hallaba vigente al tiempo



de concertar el contrato de autos, tal y como apunta la apelante, pues esa normativa se transpuso a nuestro Ordenamiento Jurídico y entró en vigor el 1 de noviembre de 2.007, con la consiguiente modificación de algunos artículos de la Ley de Mercado de Valores, ahora bien, ello no implica que con antelación a la misma las entidades bancarias, crediticias o financieras no tuvieran el mismo deber de información, pues se trata pues se trata este deber de una obligación impuesto por el principio de la buena fe regulado en el artículo 7 apartado 1 del Código Civil, que debe regir en los contratos y que se desprende del artículo 1.258. Y es que si bien no puede exigirse a las entidades crediticias que actúen en su perjuicio sí que cabe recabar una objetividad e imparcialidad contractual que sólo se alcanza ofreciendo al cliente la previa información acerca del producto que adquiere, de naturaleza especulativa y por ende el riesgo que lleva asociado, pudiendo de esa manera decidir libremente si asume o no ese riesgo (sentencia AP Asturias, sección 4ª de 1 octubre de 2014).

Asimismo, a propósito de la suficiencia y claridad de la información que debe facilitar la entidad financiera, se debe indicar que es ésta la que debe acreditar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente (sentencias sección 5ª de 15 de marzo de 2013 , y sentencia de 4 diciembre de 2012 AP Burgos); debiendo en armonía con ello, indicarse que la diligencia que le es exigible a la entidad financiera es la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de los clientes (sentencias sección 5ª de 16 diciembre 2010 31 de marzo de 2014).

...

...Y aunque se aceptara la tesis de la recurrente, de haber tenido lugar la entrega en el momento de la suscripción, no cumpliría con el deber de información previo adicional que recoge la doctrina del TS en su sentencia de 10 de septiembre de 2014 , reiterada en la de 12 de enero de 2015 , aplicando tanto el art. 11 de la Directiva 629/93 CEE , como el art. 5 del Anexo del RD 629/93 , aplicable por la razón del momento en que se celebró el contrato, como en la doctrina contenida en la STJUE de 18 de diciembre de 2014 , en relación con la Directiva del Crédito al Consumo, que ha establecido la necesidad de que la información precontractual ha de ser facilitada con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento para que este pueda formarse adecuadamente, de forma que no se cumple este requisito cuando la citada documentación se facilita en el mismo momento de la firma del contrato".

Y añade la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2015 : "En el contrato...para nada se especifican sus condiciones, remitiéndose al tríptico y nota de valores, reseñando como observaciones que el ordenante manifiesta haberlo recibido y leído, más como se afirma en las sentencias de la sección 5ª de 11/03/2014 , reiterada en la de 31/03/2014 , la introducción en el contrato de una declaración de ciencia, suscrita por los **consumidores**, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, no implica necesariamente que " se haya prestado al **consumidor**, cliente o inversor minorista la preceptiva formación, ni constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos último designio de toda la legislación sobre transparencia e información". Y así ha tenido ocasión de señalarlo el TS en la sentencia de 12 de enero de 2015 , razonando en su fundamento de derecho séptimo apartado 6 que " Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril . La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el **consumidor** del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

Por otra parte, los ejemplos recogidos en el tríptico no parecen significativos ni completos y no consta que la actora haya recibido una explicación razonable cuando menos sobre el posible comportamiento del producto y posible evolución y sus riesgos pues la actora sostiene que la idea que le transmitieron era que se trataba de un producto garantizado a su vencimiento, el reembolso sería del cien por cien, siendo únicamente en la nota de valores que no se le leyó en su integridad pues ni siquiera lo hizo el comercial pese a la recomendación, el único documento en donde se detallan los factores de riesgo, señalando como tales factores de riesgo en relación a los Valores la no percepción de la remuneración, la remuneración variable, pues excepto en los cuatro primeros periodos de remuneración, que será fija, la remuneración prevista para los valores está referenciada al Euríbor a tres meses; la emisión de los valores se realiza en el contexto de la oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amor, con la finalidad de financiar parcialmente la parte de la contraprestación de la OPA que deberá aportar Banco Santander; los supuestos de canje por acciones en



caso de no producirse la amortización anticipada, los Valores serán canjeados por Obligaciones necesariamente convertibles en acciones; los valores, las Obligaciones necesariamente convertibles y las obligaciones tienen la consideración de subordinado; advierte de la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones, y de la ausencia de derechos de suscripción preferente, así como de la posibilidad de descensos de la cotización de las acciones: el valor atribuido a las acciones de Banco Santander a efectos de la conversión de las Obligaciones Necesariamente convertibles en acciones es del 116% de la media aritmética de los precios medios ponderados de la acción Santander en el mercado continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha de ejecución del acuerdo de emisión de las Obligaciones Necesariamente convertibles. En consecuencia se dice en el folleto, si en la fecha de canje de los valores y ulterior conversión de de las Obligaciones Necesariamente Convertibles por acciones la cotización del de Banco Santander fuese inferior al 116% del referido importe, los inversores están adquiriendo acciones de Banco Santander a un precio superior al de cotización de ese momento. En otras palabras, en caso de canje de Valores, será necesario que la acción Santander se haya revalorizado al menos un 16% respecto de la media aritmética de sus precios medios ponderados en el mercado continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha de ejecución del acuerdo de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles para que el valor de cotización de las acciones Santander que reciba el inversor en la conversión corresponda al importe desembolsado por los valores; ausencia de derechos de suscripción preferente; singularidad de los valores, al no existir valores comparables en el mercado que puedan servir de referencia. De otra parte estos valores se verán afectados por el hecho de que el Consorcio adquiera o no ABN Amor en virtud de la OPA formulada. Riesgo del mercado: el precio de cotización de los valores podrá evolucionar favorable o desfavorablemente en función de las condiciones de mercado. Describiendo a continuación los factores de riesgo del garante.

Toda esta información sobre los posibles riesgos y forma de evolucionar el producto no hay constancia que se informara detalladamente y de forma comprensible a esta suscriptora"....

Las afirmaciones realizadas por el testigo en el acto del juicio de que la cliente era adecuada para este producto pues tenía inversiones en bolsa y conocía de esos temas y se preocupaba de la inversión y estaba informada de la inversión, merece para este tribunal la misma interpretación que, analizando este mismo producto, se realiza en la citada sentencia de la sección 4ª de 1 de octubre de 2014 donde se dice que "El producto bancario negociado por la demandada, se trata de un mecanismo ideado por el consorcio bancario formado por Banco Santander/Royal Bank of Scotland y Fortis con la finalidad de obtener el numerario, liquidez suficiente para adquirir el banco ABN Amro, sobre el que habían lanzado una OPA. No hay constancia de que se informara al cliente de la causa real a la que obedecía el contrato y menos aún que éste la aceptara, extremo relevante del mismo pues esa omisión impide conocer si la apelada estaba o no dispuesto a allegar fondos a la entidad bancaria para el desarrollo de su actividad de negocio, ni si estaba dispuesto o no a supeditar el resultado futuro de la inversión a la evolución empresarial de la otra contratante.

El contrato de autos además de especulativo, se opera en primer lugar con el resultado futuro de una OPA y luego con la evolución de la cotización en bolsa de las acciones, implica un riesgo importante para el cliente, y así lo interpreta la propia entidad bancaria quien en su peculiar caracterización cromática de los productos que comercializa lo califica de "amarillo", grado inferior al "rojo" que es el que implica mayor riesgo. Ello unido a su complejidad y comportamiento futuro debió llevar a la entidad bancaria a extremar el cumplimiento de la obligación de informar, poniendo ejemplos suficientemente explicativos tanto del resultado favorable como adverso del mismo, colocándose en los escenarios extremos, esto es que la cotización de la acción subiera como que bajara y en qué se traduciría ese comportamiento futuro en la inversión del particular, diligencia que no consta observara.

Es más, en el caso de autos el hecho de que el resultado final para el cliente fuera el convertirse en accionista del banco, le exigía facilitar información acerca de otros aspectos de la operativa bancaria, tales como la posible realización de futuras ampliaciones de capital, circunstancias concurrentes para que estas se produjeran, como se materializarían, en qué medida incidiría en el valor futuro de la acción, pues si ello se hacía mediante la emisión de nuevas acciones podría implicar la depreciación en bolsa de la acción lo que finalmente se traduciría en una pérdida del capital invertido. Y es que esa circunstancia se produjo en septiembre de 2.009, con la consiguiente depreciación de las acciones, de manera que en el caso de autos, el resultado aleatorio del negocio concertado, no quedaba sujeto a un hecho futuro, incierto, eventual, ajeno a los contratantes, sino que la actuación unilateral de uno de ellos, la entidad bancaria podía alterarlo de forma sustancial, en su provecho".

Además, y con independencia de que en estos casos fuere o no obligatorio, tampoco se hizo a la suscriptora test alguno a los efectos de valorar su perfil, y aunque hubiese sido inversora con anterioridad, el producto en cuestión resulta diferente y más complejo que la mera inversión bursátil o la tenencia de fondos de inversión que eran sus Inversiones previas. Se trata por otra parte, de una persona, que si bien es licenciada, no consta



que posea, salvo estas inversiones normales, más experiencia ni conocimientos específicos en la materia, ni que contara con asesoramiento para su suscripción"....

"Tampoco obsta a lo dicho la información postcontractual consistente en misivas estereotipadas remitidas a todos los clientes, pues ello, no subsana un defecto de información a la hora de contratar y tampoco garantiza que los clientes fueran realmente conscientes de cómo se efectuaría la conversión y su resultado".

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 2 de de marzo de 2015 dice: "Para la comprensión y correcta valoración del producto de autos se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general por cuanto, la clientela habitual de un banco comercial conoce los productos típicamente bancarios que venían siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país (contratos de depósito, cuenta corriente, préstamo, o fondos de inversión, etc.), pero le resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener sobre productos complejos movimientos bruscos en los mercados"

Y añade: "lo que determina la conducta informativa legalmente impuesta a la entidad bancaria no solo depende del tipo de relación jurídica que se establezca entre ésta y el inversor -comercialización o asesoramiento - sino también, y de modo esencial, del perfil del cliente. Al ser los actores inversores minoristas, la protección es máxima cuando, además, los productos que se les vendían eran complejos como los de autos, y ha de prestárseles toda la información a la que se refiere la normativa vigente al tiempo de celebrarse el contrato, a la que más arriba se ha hecho referencia, de modo que si no se alcanzan dichos estándares de transparencia en la operación, el consentimiento ha de entenderse viciado.

Como ha dicho la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2014, en estos casos en que no hay asesoramiento, "el deber que pesaba sobre la entidad financiera era cerciorarse de que esta cliente minorista, directamente o a través de su propia asesora financiera, conocía bien en qué consistía lo que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto".

QUINTO.- La parte apelante sostiene que los actores recibieron el tríptico informativo de los "Valores Santander" porque así se hizo constar en la correspondiente cláusula de las órdenes de compra que suscribieron y transcribe en su escrito de interposición del recurso párrafos enteros de dicho documento que, a su juicio, demostrarían que la información suministrada era clara y precisa.

No es esta, sin embargo, la lectura que hace el tribunal del contenido del tríptico informativo. Así:

a) Al describir en qué consiste la emisión se indica que se trata de una "emisión sin rating", expresión cuyo significado permanece oculto para la sala.

b) En ninguno de los dos posibles escenarios de futuro que se dibujan se indica que la pérdida del capital es posible.

c) Cuando se informa de la posibilidad de que el emisor no pague remuneración no se alude al escenario todavía peor que es no solo el de pérdida de la remuneración sino el de pérdida del capital invertido, omisión de la posibilidad más perjudicial para el inversor minorista que puede llevar a éste a pensar que la misma no existe.

d) Cuando se menciona "de forma, según el apelante, "prolija" los riesgos (páginas 16 a 20) no se incluye expresamente, el de pérdida del capital invertido. Es más, el recurrente sugiere que dicha información si se dio al indicar en los "ejemplos teóricos de rentabilidad" que uno de ellos (el 2) es que "no se pague remuneración en ningún período de devengo. Canje y conversión voluntario 19/10/2008. Precio venta acción Santander ?11,5. TAE -21,07%". Pero, como vemos se alude a un TAE negativo (cobro de intereses negativo) y se elude la referencia expresa a la pérdida de capital que es un tema no relacionado con los intereses (como sugiere la información) sino con el principal entregado por el inversor minorista al Banco".

Son igualmente de aplicación los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de febrero de 2015, en un supuesto en el que la cliente reúne características muy similares a la cliente doña Amelia, y son similares las circunstancias en que tuvo lugar la contratación del producto: "SEGUNDO.- CONSIDERACIONES PREVIAS. "Recordemos que la operación concertada, de adquisición de "Valores Santander", respondió a la necesidad de obtener financiación por el propio banco Santander a fin de adquirir, mediante la OPA ofertada, la adquisición del holandés ABN-Amro, junto con el Royal Bank of Scotland y Fortis. El plazo para obtener dicha financiación era de un mes. En caso de no prosperar la OPA los valores serían amortizados el 4 de octubre de 2.008, con reembolso del valor nominal, y remuneración del 7.30% nominal anual (7.50% TAE). En caso de que la OPA llegase a buen fin, los valores adquiridos por los clientes serían "necesariamente canjeables" por obligaciones convertibles, que, a su vez, serían "necesariamente convertibles" en acciones ordinarias del Santander de nueva emisión. El principal atractivo de este producto era el cobro de intereses del 7,3% nominal anual el primer año y del euríbor más 2,75 puntos hasta el 4 de octubre de 2012. Y en este caso, la oferta de



adquisición salió adelante, haciéndose efectiva la conversión total de estos títulos en acciones en 2012, lo que se tradujo, dada la crisis existente, en la pérdida de valor de las acciones y en graves pérdidas para muchos de los inversores de los productos, como ha ocurrido en este caso.

No está de más recordar, ya que el apelante insiste en que la información contenida en el tríptico informativo fue aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que además de las diversas resoluciones de la CNMV evidenciando las irregularidades en la comercialización de dicho producto, y la falta de información precontractual clara, precisa y congruente, es de notorio y público conocimiento y así fue publicada en el BOE de fecha 17 de febrero de 2.014, la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 13 de junio de 2012 por la que impuso una grave sanción al Banco Santander, por infracción grave, por incumplimiento de la obligación de no disponer de la necesaria información sobre sus clientes "en el proceso de suscripción de la emisión « Valores Santander »" cuando se encontraba en vigor la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Así como publicó en el mismo BOE otra grave sanción impuesta al Banco Santander, por Orden Ministerial de fecha 20 de julio de 2012, por la comisión de una infracción muy grave, por incumplimiento de lo establecido en "los artículos 70 quáter (conflicto de intereses) y 79 bis (deber de mantener informados adecuadamente a sus clientes) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, vigente a partir del 21 de diciembre de 2007 y hasta el 6 de marzo de 2011, en relación con el incumplimiento de algunas de las obligaciones que regulan la relación entre Banco Santander, S.A. y su clientela respecto del producto « Valores Santander »".

Con independencia de que dichas sanciones hayan sido recurridas en el ámbito correspondiente, lo que se evidencia es que la aprobación del tríptico informativo por la CNMV en las fechas de comercialización, no conduce, precisamente, a acreditar el cumplimiento del deber de información que incumbía a la apelante."

TERCERO.- ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Se centra el motivo en cuatro aspectos, impugnando las valoraciones efectuadas por la Juzgadora de Instancia en relación a: 1- El nivel de formación de la cliente; 2- El importe de lo invertido, considerado como los ahorros de su vida, y cualificación de la cliente como inversora de productos de escasa cuantía; 3- El perfil de la cliente; y 4- El estado anímico en el que se encontraba la cliente a fecha de contratación.

....

1º.- Dña. Remedios, que recientemente había quedado viuda, acudió a su sucursal del Banco de Santander a sacar dinero del cajero, cuando fue abordada por el director de la citada sucursal, D. Laureano quien, tras saludarla, la ofreció el producto objeto de la litis, ya que, según su declaración testifical, estaba próxima la fecha de vencimiento de las letras del tesoro que tenía contratadas.

2º.- El mencionado testigo fue quien comercializó en el mismo día el producto con la cliente, entregando un tríptico informativo a Dña. Remedios, siendo quien informó a la misma de su funcionamiento y ofreciéndoselo como un producto de inversión que daría mayor rentabilidad a su patrimonio. En unidad de acto se produce la firma del contrato de adquisición, cuestión que no se discute por las partes. Por tanto, dicha contratación se efectuó previa recomendación de dicho empleado, que conocía el perfil como ahorradora y conservadora de la actora, y además como inversora en productos que no implicaban riesgos. Así lo declaró el testigo, reconociendo que si bien la cliente quería mayor rentabilidad, no mostraba ánimo de invertir en renta variable ni asumir riesgos, y que de hecho hacía tiempo que no invertía en productos de este tipo.

Así se acredita de la documental aportada en autos en la que se patentiza que sólo invirtió en renta variable en el año 1.999, por un breve plazo de cinco meses. Operación en la que la demandante, habida cuenta de que la documentación bancaria se dirigía al esposo de la actora, no actuó sola, por su cuenta y riesgo, sino en consenso con su marido.

3º.- La dinámica de la comercialización, como declaró el testigo, consistía en unas explicaciones verbales, que el propio D. Laureano califica de "argumentario", que era el mismo para cualquier cliente, y aunque no recuerda concretamente cómo comercializó la operación con Dña. Remedios, consideró que la misma entendió perfectamente la dinámica de su funcionamiento.

4º.- Dña. Remedios contaba con un patrimonio suficiente, sus ahorros, para que le fuera designado un gestor personal, aunque no consta quien lo fuese en la época de adquisición. Se trataba de una cliente minorista, cuya formación financiera era nula, sin estudios académicos, ama de casa, y viuda reciente cuando contrata. La declaración de quien le recomendó la contratación, ignoraba cualquier circunstancia personal de esta cliente, no recordando si le había comentado su reciente viudez, ni si las cuentas eran o no gananciales con anterioridad a comunicar el fallecimiento del esposo a la entidad, de lo que tampoco tenía conocimiento. A pesar de ello, su "argumentario" fue el mismo que utilizara para cualquier otro cliente, sin tener en cuenta la escasa formación de la demandante y con pleno conocimiento de que no mostraba ánimo de invertir en renta variable, ni asumir riesgos.



5º.- No queda acreditado, conforme le competía a la entidad financiera, la relevancia de las explicaciones verbales dadas a la cliente, y con ello si se le explicó de manera clara, sencilla y comprensible el riesgo de pérdidas o la posibilidad de desvincularse de la operación en un escenario negativo, cancelando la misma. No se acredita, esencialmente, que el banco se asegurase de que la demandante, de perfil conservador, y dado que se trataba de la mayor parte de sus ahorros, comprendía perfectamente la dinámica de la operación y el riesgo que conllevaba.

Ninguna de estas circunstancias, falta de formación, falta de comprensión, el hecho de que se tratara de sus ahorros, perfil conservador, ausencia de un comportamiento inversor especulativo, han sido desvirtuadas de contrario. Y las mismas se declaran acreditadas del resultado de la prueba del testigo D. Roque , yerno de la demandante, respecto a la que, aun cuando se tengan en cuenta las prevenciones que hace constar la Juzgadora de Instancia, han de ser valoradas en conjunto con las pruebas documentales que se reflejarán más adelante. De lo que se patentiza que Dña. Remedios confió plenamente en la recomendación que le hizo el director del Banco, y fue en esa confianza y en el convencimiento de que se le ofertaba un buen producto por lo que suscribió la adquisición.

A todo lo expuesto debe añadirse, sobre la carga de la prueba, el criterio mantenido por esta Sala sobre el particular, en el sentido de considerar que resulta trascendental colocarse en el contexto de la información precontractual como obligación que recae por entero en la demandada, no sólo porque así lo establezca la normativa específica, sino porque por la propia dinámica de las cosas, sólo la puede facilitar el Banco. Por tanto, es a la entidad bancaria a quien afecta acreditar que cumplió con su deber de información clara, precisa y detallada en virtud del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y dentro de este deber, en fase precontractual, debió también asegurarse de que la cliente comprendía el funcionamiento del producto y los riesgos que asumía. Y en este sentido llama la atención de este Tribunal que la apelante ni siquiera propusiera la prueba de interrogatorio de la cliente, si pretendía acreditar, como le competía, que el producto le era conveniente y que lo había comprendido.

Ambas cuestiones -comprensión del funcionamiento y de los riesgos inherentes- resultan incompatibles con el perfil ya expuesto, la supuesta ignorancia por el director, D. Laureano , sobre sus circunstancias personales, la forma en que se ofreció el producto, las explicaciones verbales precontractuales, cuya relevancia no constan, y la conclusión de la operación en el mismo momento, lo que indica una premura incompatible con una reposada decisión. Todo ello se agrava con el hecho reconocido de que la entidad bancaria no efectuó ningún estudio previo, ni siquiera aproximativo, sobre estas cuestiones de la cliente, con independencia de que estuviese o no estuviese en vigor la normativa MIFID.

Sí se encontraba en vigor la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, que establecía la regla general de comportamiento de las empresas de los servicios de inversión frente a los clientes, que deberán presidirse por el principio de diligencia y transparencia, con una gestión prudente y ordenada - artículo 79- y el R.D. 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (art. 2, 4 y 5 del anexo), que obligaba al banco a respetar las exigencias de diligencia, transparencia e información que se imponen a las entidades crediticias en sus relaciones con clientes a fin de evitar todo abuso derivado de su posición preeminente en los mercados financieros cuando se trata de ofertar o concertar determinados productos. Obligaciones entre las que también se incluye recabar la información de la clientela (de la propia cliente) - correcta identificación, situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión- que, en este caso, brilla por su ausencia.

CUARTO.- CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACION POR PARTE DE LA ENTIDAD BANCARIA.

De lo expuesto hasta el momento se evidencia el incumplimiento del deber de información por parte de la apelante, así como el deber de diligencia y transparencia en la fase precontractual de la adquisición de los valores.

Se insiste en considerar que el tríptico informativo cumplía con todos estos requisitos, y que al firmar la orden de suscripción, reconoció haber leído el tríptico, y que declaró conocer las características del producto, sus complejidades y riesgos. Esta declaración no deja de estar incorporada a un contrato-tipo, utilizado en todos los casos, sin distinguir la formación de quien lo suscribe, ni constar información previa sobre el cliente que haga presumir el grado mínimo de entendimiento o comprensión sobre un producto y sus riesgos.

A lo que se añade que las expresiones utilizadas en el mencionado tríptico no son sencillas ni comprensibles para una persona que cuenta con un escaso nivel de formación, y nula financiera, como la demandante, porque no se acredita que ésta pudiera comprender que significaban "emisión sin rating", "obligaciones convertibles", los ejemplos teóricos de rentabilidad, referencias a "comisiones", "carácter subordinado" de la garantía, "recursos propios básicos", etc. Resultando imposible, dada la forma de comercialización y suscripción en el mismo momento, que la demandante pudiera realizar "su propio análisis" sobre todas estas cuestiones. Además dicho tríptico no contenía todos los términos y condiciones de la emisión, remitiendo a la nota de valores a disposición



de los clientes en las oficinas del Banco y en una página web. Ni se presume que la cliente, dado el perfil, edad y ocupación de la misma fuese usuaria de internet (cuando el testigo D. Roque declaró que no tenía ordenador), ni se procuró a la demandante la nota de valores "para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de los Valores". De hecho, D. Laureano declaró que esta nota no estaba en la oficina a disposición de los clientes y que tampoco en aquellas fechas se podía consultar por internet, y que solo se procuraba al cliente si éste lo pedía expresamente, algo que ocurrió en una sola ocasión, entre las 50, 60, o 70 operaciones que se llevaron a cabo. Es decir, que no concurren en el documento referenciado los requisitos de transparencia, claridad ni sencillez y comprensibilidad exigidos por la norma.

Todo ello coadyuva a considerar que la suscripción la llevó a efecto la cliente por la confianza depositada en quien se lo recomendó, amparada igualmente en el buen nombre de una entidad con la que llevaba operando un prolongado espacio de tiempo, pensando que, en cualquiera de los casos, recuperaría sus ahorros al cabo de cinco años. No otra cosa puede entenderse si además se trataba de la mayor parte de sus ahorros, que recientemente se había quedado viuda -con independencia de la afectación personal que supusiere para la misma-, y que es de presumir que, lo último que podía resultar de su interés era jugarse semejante importe en una inversión de riesgo, cuando su perfil era muy distinto, según sabía de antemano quien comercializó el producto.

El artículo 79 de la LMV 24/1988, que se encontraba en vigor, dispone:

"1. Las empresas de servicios de inversión, 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, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

- a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.
- b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.
- c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.
- d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.
- e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.
- f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.
- g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste. Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros."

Igualmente, debe tenerse en cuenta el R.D. 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (art. 2, 4 y 5 del anexo), que se explicitan en la Sentencia recurrida.

Conforme a lo expuesto, el recurso debe ser desestimado porque la dejación de la entidad bancaria en el cumplimiento de su obligación de informar a la cliente, y de informarse sobre ésta, resulta patente y grave, evidenciando una mala praxis bancaria conforme a las obligaciones legales que le afectaban a tenor de los preceptos anteriormente citados, y conlleva, conforme al artículo 1.124 del Código Civil, la resolución contractual acordada por la Juzgadora de Instancia, cuyos argumentos jurídicos y conclusiones se comparten íntegramente por este Tribunal. Al igual que compartimos los criterios expresados en la reciente SAP Madrid (secc 10) de 18 de julio de 2014, en la que se expresa:

"El recurso de apelación se centra, inicialmente, en el perfil de la actora, la cual es cliente de la entidad demandada desde hace más de 30 años, debido a lo cual confiaba plenamente en los empleados de la sucursal. Por otra



parte, se trata de una persona que tiene un nivel académico básico, careciendo de formación universitaria y de conocimientos financieros, habiendo desarrollado su actividad laboral como empleada de hogar en Francia.

En definitiva, el perfil de la actora denota que nos encontramos ante una persona sin experiencia en el mundo de las finanzas y sin conocimientos suficientes para conocer las características del producto que adquiriría, tratándose de un producto complejo y relativamente arriesgado, calificado de amarillo, como se desprende del documento num. 1 aportado con la demanda. La entidad bancaria no ha traído prueba alguna acreditativa que desvirtúe dichos extremos, incluso ha obviado la proposición y práctica del interrogatorio de la parte actora, sin duda con la finalidad de evitar mostrar ante el Juzgador la evidencia de su desconocimiento del producto ."

Y concluye que la nulidad del contrato se deriva del contenido de las pruebas citadas, en el sentido de que a la cliente " le ofrecieron el producto de " Valores Santander " por ser "cliente de banca personal", siendo llamada para que procediese a realizar la inversión; sin que haya quedado acreditado que se le explicó adecuadamente los pormenores de la misma, ni siquiera que se le proporcionase el tríptico informativo, con carácter previo a suscribir el contrato. Por otra parte, el documento num. 1 aportado con la demanda (orden de cargo), carece de la indicación de las características del producto concreto y demás condiciones de la inversión, sin que resulte viable llegar a conocer sus peculiaridades ".

SEXTO: Conforme a los anteriores razonamientos, debe concluirse en este caso que doña Amelia aceptó suscribir el producto Valores Santander sin tener un conocimiento de todas las posibles consecuencias y riesgos del contrato que suscribía, y la insuficiente información por parte del banco sobre el producto contratado produjo en la cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 1265 a 1266 del Código Civil . El error sufrido no solo es esencial, sino también excusable en la medida en que el error encuentra su base no en la negligencia de los clientes al contratar, sino en la confianza depositada en el banco, quien no debe beneficiarse de las consecuencias de su propia conducta al inducir a la celebración de un contrato ofreciendo una información insuficiente, no clara y comprensible para una persona como doña Amelia , que no tiene la condición de experta financiera.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 24 de Julio de 2012 : "*Es cierto que según la jurisprudencia el error para que sea invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el artículo 7 CC . El error es excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza difundida en la declaración (SSTS, entre otras de 4 de enero de 1982 , 6 de febrero de 1998 , 30 de septiembre de 1900 99 , 26 de julio y 20 de diciembre de 2000 , 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).*

Y en el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 23 de Marzo de 202: " *estamos ante un contrato bancario con un cliente asesorado por su Banco a quien ofrece sus productos y en el que el cliente confía, entidad que tiene la obligación legal de gestionar de manera prudente los intereses de sus clientes y de informarles siempre de los riesgos de la operación, pero en modo alguno se puede atribuir al cliente incumplimiento de sus obligaciones, ni se puede atribuir al cliente el deber de analizar y conocer los riesgos de un producto que ni conocía, ni ha solicitado, ni mucho menos creado, sino que el cliente decidido contratar con base en la confianza que le merecen los empleados de su propia entidad bancaria".*

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 dice: " *"...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".*

Y como razona la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2015 : "**CUARTO.-** Bien es cierto que, como señala la citada sentencia del TS de Pleno de 20 de enero de 2014 , el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio.

El incumplimiento de las obligaciones de información, no comporta necesariamente efectos civiles, ni permite sin más y de forma automática, al margen de las concretas circunstancias que dieron lugar a la celebración del contrato de que se trate, estimar la existencia en el cliente de productos financieros, de error excusable



e invalidante y justificar la nulidad del contrato por esta causa. El propio TS en la citada sentencia, doctrina que reitera en la de 12 de enero de 2015, concreta que los que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina que el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis 3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esa información, y, al mismo tiempo, la existencia de esos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error en aquellos clientes minoristas desconocedores de su verdadera naturaleza y riesgos asociados, toda vez que " si el cliente minorista estaba necesitado de esa 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 en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Pues bien, esto es precisamente lo que sucedió en el supuesto de autos toda vez que ha de reputarse acreditado con la prueba obrante en autos que tal defecto de información ha sido la causa del error padecido por la actora a la hora de prestar su consentimiento para la contratación de los valores Santander, la sustracción por parte de la entidad bancaria de información que afecta a elementos esenciales del contrato, conlleva la formación, por parte del cliente, de una voluntad errónea y equivocada acerca de los extremos esenciales del mismo, y en particular de la incidencia de dicho producto en la recuperación final del capital invertido. Error de naturaleza invencible para el particular, debiendo por ello estimarse, en base a la citada jurisprudencia del TS, que en tal error concurren los requisitos que justifican la declaración de nulidad".

SEPTIMO: Declaración de nulidad que debe predicarse igualmente de las pólizas de crédito con pignoración de las acciones, que se suscribieron por doña Amelia a iniciativa de la entidad bancaria, como declara el director de la sucursal, para proteger el capital invertido en el producto " Valores Santander ", y ante la falta de liquidez en la que se encontraba doña Amelia, que había invertido todos sus ahorros en aquel producto, y siendo la única alternativa ofrecida por el banco la suscripción de dichas pólizas de crédito.

No puede estimarse que estos contratos supongan una convalidación del inicial contrato de suscripción de Valores Santander, pues se firmaron por doña Amelia como única alternativa ofrecida por el banco para evitar mayores pérdidas en su inversión, de proceder en aquellos momentos a la venta de las acciones en el mercado secundario, y por tanto no puede considerarse en modo alguno convalidación de un contrato viciado en la prestación de su consentimiento, pues el vicio del consentimiento, que se produjo "ab initio", arrastra a todos los actos posteriores vinculados al inicial contrato viciado de nulidad.

Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2014 dice: "Sobre la extensión de la nulidad del primer contrato sobre el contrato de extinción por mutuo disenso de fecha 30-9-2009 resulta de plena aplicación la jurisprudencia mencionada en el recurso, STS, del 22 de diciembre de 2009 (Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS), reiterada en la STS, del 17 de junio de 2010 (Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS), por la similitud que guarda con el caso que nos ocupa. Así se dice en esos supuestos respecto del Anexo II: "De la declaración de hechos efectuada por la sentencia recurrida se desprende que el Anexo II, suscrito por la mayoría de los afectados por la E-20 (declarada nula por su carácter abusivo y por falta de claridad y transparencia, la cual había conducido a pérdidas inesperadas) implicaba enjugar el importe de la cantidad perdida -y percibida por Caja Rural- conforme a la cláusula M declarada nula; comportaba unas condiciones de la misma naturaleza que las condiciones del primer anexo; y era consecuencia de éste. De estos hechos se desprende que las ventas y depósitos de acciones contratadas por diversos clientes con posterioridad a las pérdidas sufridas por la E-20 presuponían en la voluntad de los contratantes la subsistencia de las pérdidas experimentadas en el primer contrato, puesto que constituían un instrumento que, siendo de condiciones similares, se ofrecía a los interesados para enjugar unas pérdidas que se consideraban definitivas sin serlo. En efecto, en la hipótesis de no haberse producido las pérdidas originadas por el primer contrato por haberse hecho patente y efectiva desde el primer momento la nulidad de que adolecía resulta indudable que no se hubieran celebrado los posteriores contratos. Éstos únicamente tenían por objeto enjugar las pérdidas producidas por aquél.

Los contratos posteriores presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Estos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964, puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos.



En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad".

OCTAVO: Y tampoco puede considerarse convalidado el contrato por haber recibido los rendimientos de la inversión e información por parte de la entidad, con posterioridad a la suscripción del producto.

Al respecto, dice la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 2 de marzo de 2015 : "**SEXTO.-** Las sentencias de esta sala de 1 de abril de 2014 y 16 de julio de 2014 rechazan la tesis de la convalidación del contrato por actos propios de los contratantes, invocada también en el recurso como motivo de subsidiario de impugnación.

En dichas sentencias ya decía este tribunal que: " De conformidad con lo establecido en el artículo 1.309 del Código Civil la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente. Según dispone el artículo 1.311 del mismo Código Civil , la confirmación puede hacerse expresa y tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo". Y que: "En interpretación de este precepto, ha señalado la doctrina jurisprudencial que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1.980 , 4 de julio de 1951 , 15 de febrero de 1.995 , 12 de noviembre de 1.996 , 21 de julio de 1997) .

En el caso de autos los supuestos actos de confirmación -recepción de información, remuneración y cobro en efectivo de los rendimientos de las acciones del Banco de Santander - se produjeron cuando el contrato se hallaba afectado por la causa de nulidad, o error vicio del consentimiento, por lo que no pueden tener efecto sanatorio del contrato".

Y la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2015 razona: "**QUINTO.-** La alegación de la convalidación pretendida del contrato, sobre la base de la información recibida tras la suscripción de la inversión, comunicando la evolución y vicisitudes de los valores y su conversión, la información fiscal remitida y la percepción de los intereses, tampoco puede prosperar.

Sabido es que el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente, sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido. Dicha doctrina solo admite por tanto que el silencio puede tenerse como declaración de voluntad cuando de antemano es tenido en cuenta por la Ley para asignarle un cierto efecto o cuando se hace preciso una manifestación de voluntad que se omite (Sentencia de 19 de diciembre de 1990), es decir en aplicación del principio quis siluit cum loqui debuit et potuit consentire videtur, (Sentencias de 21 de marzo de 2003 , de 29 de febrero de 2000 , de 17 de noviembre de 1995 , de 11 de junio de 1991 , y 19 de junio de 2.012)

Así las cosas, no concurre acto propio confirmatorio por el cobro de los intereses que se extendió durante la duración del contrato, pues esa normalidad de sus efectos respecto a lo ofertado inicialmente, hace del cobro de la remuneración pactada un acto neutro, de estricta normalidad contractual, en cuanto anterior al conocimiento de la causa que determinó el error y realizado en un momento en que la actora no sabía de lo inadecuado de la información que le habían facilitado en base a la cual había contratado los valores, por lo que nada ilustra acerca del error padecido sobre las cualidades esenciales del producto, que son los que nos llevan a la conclusión de que el consentimiento no es válido".

NOVENO: Conforme al art. 1303 del Código Civil , declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las sumas que hubiesen percibido en virtud de los contratos de suscripción de valores Santander de 24 de septiembre de 2007, de crédito con pignoración de acciones de 12 de noviembre de 2010 y de crédito con pignoración de acciones de 12 de noviembre de 2011, con sus intereses desde las fechas de cada una de las recíprocas percepciones dinerarias derivadas de dichos contratos, así como cualquiera otra cosa o prestación derivada de dichos contratos declarados nulos y por ello sin efecto alguno.

DECIMO: Respecto de la impugnación de la sentencia por parte de la entidad Banco de Santander, dicha parte manifiesta su discrepancia con la sentencia de instancia únicamente en el pronunciamiento que hace de las costas de la primera instancia, y acogiéndose ahora en la alzada las peticiones de la demanda, debe estarse al pronunciamiento en costas que tanto para las de la primera instancia como para las causadas en el recurso de apelación, se realiza y argumenta en el siguiente fundamento jurídico.



UNDÉCIMO: La regla general en materia de imposición de costas es la del vencimiento objetivo y la excepción es que en aquellos supuestos en que las pretensiones han sido rechazadas totalmente y justificada la imposición de costas, se aprecien dudas de hecho o de derecho, que no es otra cosa que las circunstancias excepcionales que justificaban su no imposición a que se refería el antiguo art. 523 LEC de 1881 . Dentro de tales circunstancias excepcionales se apreciaba con frecuencia la "oscuridad de la causa" como motivo que justificaba suficientemente la no imposición de costas al vencido, y que no es nada distinto a las dudas de hecho del actual art. 394.1 LEC , es decir, cuestiones complejas existentes en un determinado asunto que impiden determinar con nitidez quién, pese a la desestimación de las pretensiones planteadas, ha sido el causante del proceso.

Por otro lado, del segundo párrafo del art. 394.1 LEC cabe concluir que el caso es jurídicamente dudoso cuando existe jurisprudencia contradictoria al respecto.

Concretamente, las dudas de derecho concurren cuando una misma norma, o cualquier otro concepto jurídico, admite igualmente varias interpretaciones, entendiéndose la existencia de tales dudas cuando medie discrepancia, según dicho precepto, en la jurisprudencia, si bien, debe interpretarse ésta en un sentido amplio, para incluir, por lo tanto, también la denominada "jurisprudencia menor" de las Audiencias Provinciales, puesto que el sistema de recursos de nuestro Ordenamiento Civil no permite la creación de Doctrina Legal consolidada del TS sobre muchas de las materias debatidas en los procesos.

Dudas que concurren en el presente caso, a tenor de la discrepancia existente en la jurisprudencia de las distintas Audiencias Provinciales sobre la materia objeto de juicio, circunstancia que la sala estima suficientemente justificativa de la no imposición de costas ni de la primera instancia ni del recurso de apelación a ninguna de las partes, no obstante la estimación de las pretensiones de la demanda, y la desestimación de las pretensiones de la demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Estela Muro Leza en nombre y representación de doña Amelia y desestimando la impugnación formulada por la Procuradora de los Tribunales doña María Concepción Fernández Torija Oyón en nombre y representación de Banco Santander S.A., ambos contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Logroño en fecha 2 de mayo de 2014 , en autos de juicio ordinario núm. 83/2013, de los que dimana el presente Rollo núm. 239/2014, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y en su lugar, estimamos la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña doña Estela Muro Leza en nombre y representación de Amelia contra la entidad Banco Santander S.A., y se declaramos la nulidad de los contratos de suscripción de valores Santander de 24 de septiembre de 2007, de crédito con pignoración de acciones de 12 de noviembre de 2010 y de crédito con pignoración de acciones de 12 de noviembre de 2011, suscritos entre doña Amelia y Banco Santander S.A., con restitución recíproca entre las partes de las prestaciones percibidas en virtud de los contratos declarados nulos, con sus intereses legales desde las fechas de devengo de cada una de ellas, las costas de la primera instancia, y sin hacer especial pronunciamiento sobre la imposición de las costas de la primera instancia, ni de las del recurso de apelación.

Contra la presente resolución puede haber recurso de casación ante el Tribunal Supremo, si se cumplieran los requisitos legales, que serían examinados en cada caso por la Sala.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública el Tribunal en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.