

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN QUINTA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BOSGARREN

SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016666
Fax / Faxe: 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE:
NIG CGPJ / IZO BJKN

Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 /2017 - N

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de / / Lehen

Autos de Procedimiento ordinario

Recurrente / Errekurtsogilea:

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA ROSA SAN MIGUEL ADALID

Abogado/a / Abokatu: ANGELA BERNALDEZ HERNANDEZ

Recurrido/a / Errekurritua: BANCO SANTANDER

Procurador/a / Prokuradorea: ALVARO GONZALEZ CARRANCEJA

Abogado/a / Abokatu: DAVID FERNANDEZ DE RETANA GOROSTIZA

SENTENCIA N°: /2018

PRESIDENTE

D^a. M^a ELISABETH HUERTA SANCHEZ

MAGISTRADOS

D^a. LEONOR CUENCA GARCÍA

D^a MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN

En la Villa de Bilbao, a 22 de febrero de 2018.

Vistos por la **Sección Quinta** de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de juicio **Procedimiento Ordinario n°** , seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia n° 5 de , y del que son partes como demandante **D.** N, representado por la Procuradora D^a M^a Rosa San Miguel Adalid y dirigido por la Letrado D^a Gisela Bernaldez Bretón, y como demandado **BANCO SANTANDER** representado por el Procurador D. Alvaro González Carranceja y dirigido por el Letrado D. David Fernández de Retana, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D^a Magdalena García Larragan.

ANTECEDENTES

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el Juzgador en primera instancia se dictó, con fecha 15 de mayo de 2017, sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente: **FALLO:**

"Desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de
contra Banco Santander S.A.

Desestimo las excepciones de caducidad y prescripción de la acción.

Se condena a la parte demandante al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. ; y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previa su tramitación, y recibidos en esta Audiencia y una vez turnados a esta sección, se formó el correspondiente rollo y se siguió este recurso por sus trámites.

TERCERO.- Para la votación y fallo del presente recurso se señaló el día y hora correspondiente.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias se han observado las formalidades y términos legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia apelada ha desestimado en su integridad la demanda interpuesta por el Sr. frente a BANCO SANTANDER S. A. en pretensión de declaración de nulidad absoluta de las órdenes de compra de VALORES SANTANDER suscritas por el actor en Dublín por importe de 40.000 € por estar firmadas en contra de norma imperativa, artículo 29 de la LMV, y ser ilícita su comercialización y venta en Irlanda con residentes irlandeses; subsidiariamente a lo anterior, declaración de nulidad relativa por concurrencia de vicio esencial en el consentimiento provocado por la errónea información facilitada en su comercialización, contraviniendo las normas contenidas en el Real Decreto 629/1993 y provocando la creencia de que lo que firmaba podría convertirse en una obligación convertible a precio de canje fijado a la finalización de la inversión y, por tanto, con capital garantizado; y subsidiariamente declaración de responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.

Y frente a este pronunciamiento desestimatorio se alza la representación actora reproduciendo en esta alzada sus pretensiones en la primera instancia en un alegato impugnatorio que va aquí a ser estimado, si no en lo que atañe al motivo principal del

recurso, relativo a la nulidad absoluta de las órdenes de compra de valores, sí en el subsidiario, en que se insiste por la parte apelante en la declaración de anulabilidad por concurrencia de error como vicio del consentimiento, según de seguido se expone.

SEGUNDO.- Comenzando por la declaración de nulidad absoluta que se funda en infracción de la LMV, a lo que se añade en esta alzada violación de la Ley 22/2007, de 11 de julio, de contratación financiera a distancia, decir que la normativa que se sostiene infringida por la parte apelante cuenta con un régimen propio sancionador que no establece la nulidad contractual para estos incumplimientos; y que si la nulidad radical de un contrato puede venir determinada - además de por la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil - porque con el mismo se hayan traspasado los límites que señala el ordenamiento jurídico para el juego de la autonomía de la voluntad, esto es la ley, la moral o el orden público (artículo 1255 del Código Civil); por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, el que establece que “ Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención “; porque tenga por objeto cosas fuera del comercio de los hombres o servicios que sean contrarios a la ley o a las buenas costumbres disponiendo el artículo 1271 del Código Civil que “ Pueden ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres “; o porque el contrato adolezca de causa ilícita en el sentido del artículo 1275 del Código Civil, que dice que “ Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”; lo que aquí ocurre es que no nos encontramos en ninguno de estos supuestos no encuadrándose el contrato litigioso, la orden de compra, entre los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas, ni cabe apreciar imposibilidad jurídica de su objeto ni concluir de lo actuado con que participe de una causa ilícita por opuesta a las leyes, por lo que esta acción debe ser desestimada habiendo de confirmarse así el pronunciamiento en la primera instancia aun cuando lo sea por distinta argumentación jurídica.

TERCERO.- Cuestión distinta a la anterior es que la omisión por la demandada de su deber de información según la normativa analizada pudiera haber propiciado error en el consentimiento en quien demanda - se alega en el presente caso que el cliente no comprendió la operativa del producto ni los riesgos que se asumían - supuesto en que nos encontraríamos ante un contrato anulable.

Es público y aquí no controvertido que en el marco de la oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro, formulada por 'Banco Santander' junto con otras dos entidades, 'Royal Bank of Scotland' y 'Fortis', se procedió a la ampliación de su capital para financiar la adquisición de las acciones y se emitieron ' Valores Santander' por valor nominal de 5.000 euros cada una de ellos y por un importe total de 7.000.000.000 euros, en octubre de 2.007.

Si no se adquiría ABN Amro, los ' Valores Santander' serían un simple valor de renta fija con vencimiento a un año. Devengarían una remuneración a un tipo del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los Valores y serían amortizados en efectivo, con reembolso de su valor nominal y la remuneración devengada y no pagada, el 4 de octubre de 2.008. La remuneración se pagaría trimestralmente, por

trimestres vencidos, los días 4 de enero, abril, julio y octubre de 2.008. Los Valores tendrían las mismas características si, aun adquiriéndose ABN Amro por el Consorcio, 'Banco Santander' no hubiese emitido las Obligaciones Necesariamente Convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2.008.

Si antes del 27 de julio de 2.008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA -supuesto que es el que se produjo en la realidad- los valores dejaban de ser un producto de renta fija y devenían canjeables por Obligaciones Necesariamente Convertibles. Éstas, a su vez, eran necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander. Cada Valor será canjeado por una Obligación Necesariamente Convertible por su valor nominal; mientras las acciones de 'Banco Santander' se valorarán al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración o, por su delegación, la Comisión Ejecutiva de 'Banco Santander' ejecute el acuerdo de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles. El canje de los Valores por las Obligaciones Necesariamente Convertibles (y automática conversión de éstas por acciones) podría ser:) Voluntario, a decisión de los titulares de los Valores: El 4 de octubre de 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011; y Obligatorio, el 4 de octubre de 2.012, fecha en la que todos los Valores que se encuentren en circulación en ese momento serán obligatoriamente convertidos en acciones de 'Banco Santander', previo canje por las Obligaciones Necesariamente Convertibles y conversión de éstas. El tipo de interés al que se devengará la remuneración, en caso de ser declarada, desde la fecha de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles y hasta el 4 de octubre de 2.008 será del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los Valores. A partir del 4 de octubre de 2.008, el tipo de interés nominal anual al que se devengará la remuneración, en caso de ser declarada, será del Euribor + 2,75%, La remuneración que, en su caso, se acuerde, será pagadera trimestralmente, por trimestres vencidos, los días 4 de enero, abril, julio y octubre de cada año.

Como destacamos en nuestra sentencia de 30 de junio de 2016, en atención a estas características la doctrina de las Audiencias se encuentra dividida a la hora de calificar el antedicho como producto complejo (SSAP Ourense Sec. 1ª de 22 de septiembre de 2014; de Baleares, Sec 5ª de 11 de febrero de 2014, de Córdoba Sec 1ª de 5 de enero de 2015...) o no (entre otras SSAP de Jaén Se. 1ª de 26 de diciembre de 2014; de Gipuzkoa de 19 de diciembre de 2014). En cualquier caso producto novedoso hemos de concluir aquí ya que como razona la SAP de Girona Sec 1ª de 23 de enero de 2018, la propia 'NOTA DE VALORES RELATIVA A LA OFERTA PÚBLICA DE SUSCRIPCIÓN DE VALORES SANTANDER DE SANTANDER EMISORA 150, S.A.U.' inscrita en los Registros Oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 19 de septiembre de 2.007, reconoce que constituyen un instrumento financiero singular y que el Emisor no tiene constancia de la existencia de valores comparables en el mercado español que puedan servir de referencia para valorar los Valores (página 12 del citado documento). Esta singularidad deviene de que la Emisión de los Valores se realizó, como se ha expuesto en el apartado anterior, en el marco de la oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro, formulada por 'Banco Santander' junto con otras dos entidades, 'Roya! Bank of Scotland' y 'Fortis', y que los Valores tendrían diferentes características esenciales en

función de sí el Consorcio llegaba o no a adquirir ABN Amro mediante la OPA en cuestión.

Ahora bien, se califique el producto como complejo o no, la cuestión nuclear a solventar es la concreta y particular comercialización que del mismo se llevó a cabo por el banco para con sus clientes como ya indicamos en la antedicha resolución exponiendo. "...el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 17 de junio de 2016, si bien no referida a este producto sí a otro de otra entidad bancaria con similar funcionamiento, declara:

" CUARTO.- Segundo motivo de casación. Complejidad de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones.

Planteamiento:

1.- En este segundo motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 2.1 y 79 bis LMV, porque las obligaciones convertibles no son un instrumento financiero complejo.

2.- Al desarrollarse el motivo, se alega que aunque los bonos convertibles o canjeables son instrumentos financieros incluidos en el ámbito de la LMV, conforme a su art. 2.1 c), no tienen carácter complejo, según se deduce del art. 79 bis de la misma Ley.

Decisión de la Sala:

1.- Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.

2.- Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores.

Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión."

El Tribunal continuando con su razonamiento al determinar el contenido esencial del que ha de ser informado el cliente, declara:

" ...2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.

3.- El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un

valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas."

De modo que concluimos allí " De todo lo considerado, en definitiva lo relevante es que sea cual sea la calificación que nos merezca el producto financiero, lo importante es que aquellos que lo adquieren hayan sido correctamente informados "

CUARTO.- Analizando el resultado probatorio en autos desde la perspectiva expuesta en el fundamento de derecho precedente y puntualizando aquí que la carga probatoria de haber proporcionado a su cliente la información de que venimos hablando recaía sobre la entidad bancaria demandada - por ser la parte obligada a prestarla y tener la mayor facilidad al respecto no pudiendo imponerse a la contraparte la carga de probar un hecho negativo cual la ausencia de esta información - debiendo por ello ser esta demandada quien peche con las consecuencias negativas de su falta de prueba (artículo 217 LEC), habiéndose además pronunciado la STS de 16 de septiembre de 2015 en el sentido de que "...*La falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultaron debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada*" ; hemos de concluir, apartándonos del criterio del juzgador a quo, con la concurrencia en la contratación que nos ocupa del error denunciado por la parte apelante por cuanto no existe prueba concluyente de que se hubiera facilitado dicha información al . lo que ya permite presumir aquél en una persona que no resulta ciente con especiales conocimientos financieros, los que no cabe aquí sin más presumir por la contratación de otros productos distintos para la cual se ignora además la información que fue suministrada, teniendo señalado la antedicha STS de 12 de enero de 2015 con respecto al perfil del cliente que el hecho de tener un patrimonio considerable no determina por sí solo que se trate de un cliente experto en inversiones, ni la realización de otras en productos similares o de riesgo, tampoco lo convierte en

cliente experto cuando no se pruebe que en esos casos se le hubiera dado una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. Y como también declara la citada STS de 25 de febrero de 2016 “ Para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento, no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente”

Pues bien, en el supuesto aquí analizado las órdenes de valores aportadas a los autos, y a su lectura nos remitimos, no proporcionan de por sí ninguna información acerca de las características de este producto ni de los riesgos a asumir (de los que reseñaremos que no garantiza al inversor la recuperación del capital invertido, siendo su riesgo principal, además de la insolvencia del emisor y del banco garante, la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones al tiempo de su conversión); y si consta en ellas, en su apartado Observaciones “... *El ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de setiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla “Importe Solicitado”, ocurre que nos encontramos ante condiciones predispuestas por la entidad bancaria que no le exoneran de la prueba de la certeza de la información- obligación que no se cumple con una mera puesta a disposición para lectura por el cliente al tratarse, como ya declaró la STS de 18 de abril de 2013, de una obligación activa, no de mera disponibilidad al ser la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal -y que no puede en absoluto concluirse con que este Tríptico hubiera sido remitido al demandante, menos con anterioridad a la suscripción de las órdenes de valores lo que le hubiera permitido un estudio sosegado del mismo, cuando las manifestaciones de la testigo Sra. Blanco, empleada de BANCO SANTANDER S.A. que comercializó los valores, son dubitativas al respecto (“ cree que sí “).*

Por otro lado si esta testigo relata que explicó telefónicamente las características esenciales de los valores al Sr. _____, la circunstancia de que mantuviera relación de amistad con el demandante no conduce sin más a obviar el componente subjetivo de su testimonio en lo que en realidad está defendiendo su propia labor comercializadora, por lo que éste por sí solo nos resulta insuficiente para alcanzar convencimiento del cumplimiento por la demanda de su obligación de información.

Y no existe tampoco dato objetivo que acredite, negado que ha sido por la parte actora, el envío al demandante posterior a la suscripción de la documentación que se acompaña a la contestación a la demanda, y le hubiera permitido salir del error en que se encontraba incurso, bajo los nº 12, 18, 29, 30, 31, 32 y 33 (documentos en que tan siquiera consta el nombre del concreto destinatario), ni la información fiscal con la

valoración patrimonial de la inversión a que se refiere esta demandada y que se encuentra incorporada a su bloque documental nº 4, en la que la única fecha que consta como de envío es posterior a la demanda iniciadora de esta litis por más que se refiera a ejercicios muy anteriores.

Tesitura la antedicha en la que hemos indicado que ha de presumirse el error de consentimiento, error de otro lado que es, según reitera la doctrina jurisprudencial, excusable, por todas la ya mencionada STS de 25 de febrero de 2016 que declara: “ 8.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre , «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 suministrarla 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».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico”.

Debe por consiguiente estimarse la acción de nulidad relativa deducida en la demanda, lo que conlleva las consecuencias en el artículo 1303 del Código Civil debiendo restituirse recíprocamente los contratantes las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus intereses según se concretará en la parte dispositiva de esta resolución.

QUINTO.- De conformidad a lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia, no haciéndose especial pronunciamiento respecto de las ocasionadas en esta segunda instancia.

SEXTO.- Devuélvase a la parte la totalidad del depósito constituido para recurrir (D.A. 15ª LOPJ).

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y demás pertinentes y de general aplicación

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. _____ contra la sentencia dictada el día 15 de mayo de 2017 por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de _____ en el Juicio Ordinario nº _____, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su virtud dictar otra en que, con estimación de los pedimentos de la demanda interpuesta por el antedicho recurrente frente a BANCO SANTANDER S.A. debemos declarar y declaramos la nulidad por concurrencia de error como vicio del consentimiento de las órdenes de compra de los “ Valores Santander ” de autos, suscritas por el demandante por un importe total de 40.000 €, debiendo proceder ambas partes a la restitución recíproca de prestaciones, de modo que BANCO SANTANDER S.A. habrá de devolver al actor 40.000 € con sus intereses legales desde la fecha de compra y el actor debe restituir a BANCO SANTANDER S.A. los rendimientos de la inversión con sus intereses legales desde la fecha de su percepción y las acciones que le fueron entregadas en canje de los “ Valores Santander “, así como los dividendos percibidos también con sus intereses legales desde la fecha de su percepción. Todo ello con expresa imposición a BANCO SANTANDER S.A. de las costas devengadas en la primera instancia y sin especial pronunciamiento en cuanto a causadas en esta alzada.

Devuélvase a la parte la totalidad del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno, a salvo el de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo si se acredita interés casacional (artículo 477.3 LEC). En este caso cabría también recurso extraordinario por infracción procesal ante la misma Sala (Disposición Final Decimosexta LEC).

Uno u otro recurso se interpondrán mediante escrito presentado en este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación (artículos 477 y 479 LEC).

Para interponer los recursos será necesario la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de recurso de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 4738 0000 00 040517. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “ Recurso “ código 06 para el recurso de casación y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al preparar los recursos (DA 15ª LOPJ)

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública, de lo que yo la Sra. Letrado de la Administración de Justicia doy fe.