

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN QUINTA**

### **BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BOSGARREN**

### **SEKZIOA**

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

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

NIG PV / IZO EAE: [REDACTED]  
NIG CGPJ / IZO BJKN : [REDACTED]

**A.p.ordinario L2 / E\_A.p.ordinario** [REDACTED]

**N**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera  
Instancia nº 12 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 12 zk.ko  
Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 682/2015 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: [REDACTED]

[REDACTED]

Procurador/a/ Prokuradorea: MARIA ROSA SAN MIGUEL  
ADALID, MARIA ROSA SAN MIGUEL ADALID y MARIA ROSA  
SAN MIGUEL ADALID

Abogado/a / Abokatua:

Recurrido/a / Errekurritua: BANCO SANTANDER

Procurador/a / Prokuradorea: [REDACTED]

Abogado/a/ Abokatua: [REDACTED]

## **S E N T E N C I A N º 85/2017**

**ILTMAS. SRAS.**

**Presidente**

**Dña. Mª ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ,**

**Magistradas**

**Dña. LEONOR CUENCA GARCÍA**

**Dña. MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN**

En la Villa de BILBAO (BIZKAIA), a trece de marzo de dos mil diecisiete.

En nombre de S. M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de **Juicio Ordinario n** [REDACTED], seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia nº doce de Bilbao, y del que son partes como demandantes, [REDACTED]

[REDACTED], representados por la Procuradora Dª Maria Rosa Sanmiguel Adalid y dirigidos por la Letrada Dª Gisela Bernaldez Bretón y como demandada, **BANCO SANTANDER S.A.**, representada por el Procurador [REDACTED] y dirigida por el Letrado [REDACTED], siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª Mª Elisabeth Huerta Sánchez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

**PRIMERO.**- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 17 de mayo de 2016 sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente: "

"QUE DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Rosa San Miguel en nombre y representación de [REDACTED] contra la mercantil demandada Banco Santander SA representada por procurador [REDACTED] HE DE ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todos los pedimentos deducidos frente a la misma, con expresa imposición de las costas causadas a la demandante."

**SEGUNDO.**- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de [REDACTED] y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previo emplazamiento de las partes. Personado en tiempo y forma el apelante, y personada también la parte apelada, se siguió este recurso por sus trámites.

**TERCERO.**- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, siendo la duración del soporte audiovisual del Juicio de una hora, cuarenta y siete minutos y siete segundos.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- [REDACTED] se alza contra la sentencia dictada en primera instancia y solicita que se revoque la misma y se estime la demanda en todas sus partes, declarando la nulidad de las ordenes de suscripción de valores Santander firmadas el 7 de septiembre de 2007 por ser NULAS DE PLENO DERECHO al estar firmadas con anterioridad a la aprobación del producto financiero por la CNMV (19 de septiembre del 2007), y en consecuencia se ordene la restitución mutua del objeto, del contrato con el precio y sus intereses, de modo que acuerde la devolución de la cantidad de 180.000 € invertidos más el interés legal devengado desde la suscripción, se declare nulo el canje por acciones efectuado, y se conceda como INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL SUFRIDO POR LA ACTUACIÓN ILÍCITA DEL BANCO, la mitad de

las cantidades entregadas por concepto de intereses de los préstamos para la inversión y que se estiman provisionalmente en . 20.972 € salvo mejor apreciación de la Sala; y SUBSIDIARIAMENTE para el caso de que la anterior petición no sea acordada, se declare LA ANULACIÓN DE LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN al existir un vicio esencial en el consentimiento provocado por la falta de información suficiente en la comercialización del producto contraviniendo las normas contenidas en el Real Decreto 629/1993, que provocaron la creencia de que lo que firmaba era un producto con una probabilidad de comportarse en todo caso como una obligación convertible a precio de canje fijado a la finalización de la inversión y, por tanto con capital garantizado, ordenando consecuentemente la restitución mutua; y en todo caso, condene al banco demandado al pago de las costas del presente procedimiento.

Basa dicha pretensión la representación del recurrente y aduce como motivos de impugnación de la sentencia, tras una amplia introducción de 59 páginas, dentro de un conjunto de 86 folios que debe declararse la nulidad absoluta por virtud de normas imperativas, estando viciada de incongruencia extrapetita e infrapetita, y más cuando no se podía efectuar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la CNMN, la sentencia adolece de errores de concepto que implican su necesaria revocación por incongruencias insostenibles en una resolución judicial, tratándose de incongruencias por falta de comprensión del producto, en cuanto a la información suministrada y que debía suministrar el Banco, al establecerse que ha actuado correctamente con la simple entrega del tríptico, pese a la complejidad del producto, al que califica de más sencillo que las preferentes cuando Valores Santander es un producto del tipo más complejo y riesgoso de obligación subordinada necesariamente convertible en acciones, que sólo lo puede entender un experto financiero porque ni el director del banco que lo vendió lo entendía, no siendo adecuada y puntual una información posterior dos años después de haberse concretado la inversión, los recurrentes siempre pensaron que su suscripción estaba garantizada si esperaban al final de la inversión, y no costa tampoco ningún tipo de información en los canjes posteriores firmados, ni siquiera se les entregó copia de la orden de canje, siendo evidente que el canje se produjo con conflicto de interés del banco y absoluta desinformación por la aplicación de la cláusula antidilución, se establece incongruentemente por la sentencia que el canje se realizó para evitar mayores pérdidas, cuando pasó lo contrario, esto es, que con el canje adelantado las pérdidas aumentaron, se aprecian incongruencias en relación con las reclamaciones y en la aplicación de la doctrina del TS sobre la presunción del error por asimetría informativa, al establecer que la carga de la prueba recae sobre el suscriptor, cuando no consta el recibí del cliente en el tríptico informativo, el Director ha reconocido que ni siquiera él había leído la nota de valores, que no fue entregada, y que no informo del precio de canje ni de la cantidad de acciones ni de las previsiones para 2.012, existe dolo procesal en la falta de análisis de las alegaciones oportunamente vertidas, no se ha considerado que es imposible para el suscriptor demostrar el hecho negativo de no haberse explicado bien el producto, se vulneran las normas de la carga de la prueba al no tomar en consideración documentos en contra de quien los aportó, la ficta confesión no ha sido valorada, siendo injustificada la denegación de prueba testifical, siendo las infracciones procesales mucho más graves cuando la sentencia se dicte precisamente reprochando la ausencia de prueba de la actora, se infringe la doctrina jurisprudencial sobre la comercialización de productos financieros,

muy exigente cuando se contrata con un cliente no profesional y existe asimetría informativa; no bastando una referencia a una información difusa de los riesgos, el cliente profesional no tiene obligación de indagar sobre el riesgo del producto, la información debe entregarse con la necesaria antelación, determinando la ausencia de conocimientos y experiencia en el inversor la necesidad de un aumento de la diligencia informativa por parte de las entidades financieras, presumiéndose el error en el consentimiento cuando la entidad no ha cumplido sus obligaciones de información por lo que, resumiendo, el error de la sentencia es triple: primero porque considera que el documento Tríptico Informativo fue analizado detalladamente por el apelante al momento de su firma, cosa que no ocurrió teniendo en cuenta la operativa normal de las suscripciones bancarias en las que prácticamente se firma sin leer, confiando plenamente en lo que el banquero recomienda, y más aún cuando es el director quien lo ha llamado personalmente a su domicilio y cuando no existe constancia con firma de la entrega de las condiciones por el necesario recibí en el Tríptico; segundo, porque el precio de conversión y el número de acciones que se entregarían en 2012 eran totalmente desconocidos por cualquier suscriptor incluso por el propio director que lo vendió, siendo desconocidos previamente, fijados después de la firma y en función de las decisiones del consejo de administración del banco que los hacen indeterminables, con lo-cual los RIESGOS SON INCUANTIFICABLES; y tercero porque, aunque la sentencia considere riesgoso cualquier tipo de valor convertible en acciones, se ha demostrado que aquellos en los que se determina el precio de conversión una vez finalizado el período de inversión (a precio de finalización) que en nuestro caso sería de 5 años, tienen garantía total de capital. Es decir, la indicación "obligaciones convertibles en acciones" sin una referencia previa al precio de conversión es como no decir nada. Y si encima el-banco ha inducido a error judicial mediante sus alegaciones (precio prefijado, predeterminado, ...) ha ofrecido el producto sin estar aprobada -la OPA ni registrado el emisor VIOLANDO DESCARADAMENTE LA LEY art.30bis LMV, ha incumplido todos los deberes de información previa (falta de firma del Tríptico), no ha remitido las valoraciones trimestrales de la evolución de la inversión durante los primeros años en los que se podían haber minimizado las pérdidas, y en el documento en donde constan las condiciones esenciales de la suscripción NO FIGURA EL EMISOR Y SE HACE REFERENCIA A LA GARANTÍA DE CAPITAL, se evidencia que el error es completamente excusable y que la nulidad ha sido provocada por solo una de las partes.

**SEGUNDO.-**Reitera en esta alzada la representación de los recurrentes que debía declararse la nulidad de las órdenes de compra, al haber sido firmadas, con anterioridad a la aprobación del producto financiero por la CNMN, viniendo a atribuir a la mercantil demandada Banco Santander S.A. una actuación dolosa, pero dicha pretensión de nulidad plena y radical debe desestimarse, pues sosteniéndose en la demanda que se vendió un producto financiero que no había sido autorizado por el organismo supervisor, en unas ordenes de compra en la que deliberadamente se dejó la fecha en blanco y cuya única explicación del producto es la referencia a un Folleto y Nota de Valores que en el momento de suscribirse no existían, para rellenar posteriormente a su firma, datos tan importantes como la fecha y el número con urgencia en la contratación, con publicidad engañosa y dando a entender la exclusividad de la oferta, evidenciando la intención de inducir al cliente a una contratación que de otro modo no hubiera realizado nunca (artículo 1269 del Código Civil)", pues en modo alguno ha quedado probado esa total ausencia de consentimiento a los efectos de la invocada

nulidad radical del contrato, siendo así que ha quedado evidenciado claramente que no hubo una suscripción de los valores antes de que estos fueran aprobados por la comisión Nacional del mercado de Valores, sino una confusión entre la consignación de fecha de la reserva de septiembre de 2.007 y la fecha en que se formalizó la operación (25 de septiembre de 2.007).

**TERCERO.-** Subsidiariamente se ejercitaba en la demanda una acción de nulidad (anulabilidad) por la concurrencia de vicio de error en la prestación del consentimiento, provocado por la falta de información suficiente sobre los Valores Santander, pues pese a decirse en la orden de suscripción que los clientes habían recibido el tríptico informativo y comprender la trascendencia de la suscripción, nada se les entregó, ni copia de la suscripción, ni del contrato ni tríptico o folleto informativo, por lo que se hace necesario recordar la doctrina jurisprudencial del TS al respecto desde la perspectiva del deber de información, impuesta por la normativa del Mercado de Valores, según recoge la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 12 de enero de 2015, que estableció lo siguiente:

"La sentencia del pleno de esta Sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con la cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El respeto o la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 del Código Civil ). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa ( sentencia núm. 215/2013, de 8 abril ).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito,

pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores “.

Para destacar también el carácter esencial del error sobre los riesgos de inversión señalando que: “ La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos.

Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia,

cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio . La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores”

Y en cuanto al deber de información y el carácter excusable del error: “ Dijimos en la sentencia de pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio , pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error , y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establece como una de las obligaciones de 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, la de « asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...] ». ».

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...] ; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes », establece en su art. 12:

« La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que

se refiere a la operación o las operaciones que se contemplan, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. [...] »

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores.

Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): « 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y 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. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. »

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9 : « Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante 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 la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 ,

«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 ».

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, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, 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.

Tampoco puede acogerse el argumento de que los empleados de Banco Santander estuvieron dispuestos a responder cuantas preguntas se les formularon. Como ya declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril , la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante”....”

Como complemento de lo dicho anteriormente, resultan de particular interés los matices introducidos por la sentencia del T.S. de 25 de febrero de 2016 al señalar que

" las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declarado que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar , y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión

tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes". El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información "clara, correcta, previsa, suficiente" que debe suministrarse a la clientela sea "entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación". Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones pero los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.

No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que los clientes adquirieron los diferentes productos - depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes- porque les fueron ofrecidos por la empleada de "Caixa Catalunya" con la que tenían una especial relación. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

En este caso, no consta que hubiera esa información previa, más allá de las afirmaciones interesadas de la empleada de la entidad , que no pueden suplir el rastro documental que exige la normativa expuesta y que en este caso brilla por su ausencia; y ni siquiera la información que aparecía en las órdenes de compra de los productos, prerredactadas por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza de los productos adquiridos, no se identificaba adecuadamente al emisor de las participaciones preferentes, los datos que se contenían ofrecían una información equivocada, o cuanto menos equívoca, sobre la naturaleza de los productos (como era el plazo, cuando en realidad se trataba de participaciones perpetuas) y no se informaba sobre sus riesgos. En suma, la información que la sentencia recurrida declara recibida es insuficiente conforme a las pautas legales exigibles."

**CUARTO.-** Sentada la anterior doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS, a la vista del resultado probatorio constatado, fundamentalmente prueba documental y testifical del empleado el Banco Santander [REDACTED] que intervino en la comercialización del producto litigioso Valores Santander, y de la testigo Doña Ainhoa [REDACTED] directora de calidad pero que no fue parte en el proceso comercializado, la Sala no puede compartir la valoración probatoria llevada a cabo por la Juzgadora a quo en la sentencia apelada, considerando por el contrario, que la parte demandada Banco Santander S.A. no ha demostrado haber proporcionado a los demandantes, previamente a la contratación de los valores Santander la información

cabal, completa, necesaria y suficiente para que los clientes pudieran percatarse de la verdadera naturaleza y características esenciales del producto financiero litigioso y de los riesgos asociados que aparejaba su suscripción, siendo así que la carga de la prueba sobre tan relevante acreditación, recaía sobre la mercantil demandada Banco Santander, S.A., a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC.

En efecto, no puede dejarse de mencionar el que no se haya practicado a instancias de la demandante el interrogatorio de los tres demandantes [REDACTED], lo que ciertamente ha impedido que estos hubieran podido ser oídos en el juicio, siendo esta deficiencia probatoria únicamente achacable a la inactividad de la parte demandada-recurrida, que por ello habra de correr con las consecuencias de la referida falta de interrogatorio de los actores y que a buen seguro habría permitido calibrar a este Tribunal cual fue el alcance de la información proporcionada en su día.

Y en lo que se refiere a la testifical de don [REDACTED], de la misma se pone de manifiesto una tendencia bastante proclive a la posición sustentada en el procedimiento por la demandada Banco Santander, S.A. pues dicho testigo manifestó que la relación con Don Santiago Ormaetxe empezó en el año 2.002, era un mayorista de pescado de Mercabilbao, acostumbrado a negociar todo, con gran experiencia inversora en Bolsa, siendo frecuente y habitual que fraccionara las órdenes de compra para conseguir mayor cantidad de acciones, explicándole que el Banco garantizaba la emisión, que se devolvería el dinero si no se lograba finalmente la compra del Banco AMRO, explicaba el mecanismo de la conversión el plazo y cuando pasaba a ser obligatoria, le entregó al cliente el Folleto Informativo, no existía entonces la Normativa Mifid y no había que practicarle al cliente ningún test, el cliente tenía una gran cantidad de acciones y valoró subjetivamente su capacidad para entender el producto, y más cuando finalmente el producto se convertiría en acciones, posiblemente el testigo le llamo al cliente para ofrecerle el producto como le había ido ofreciendo muchos otros productos a lo largo de los años y dijo que le interesaba, desempeñaba el cargo de Director de la sucursal en esa época, explicó el producto, al suscribir y al firmar la orden de valores, sobre el tríptico daría la última explicación, ha comercializado mucho este producto y esta ha sido la primera reclamación que ha conocido, lo que también corroboró la testigo [REDACTED] que no intervino en la comercialización por ello que su testimonio carece de trascendencia.

Y en cuanto a la prueba documental merece destacarse que, aunque ciertamente la lectura sosegada del tríptico informativo, acompañado a la demanda como documento nº 4, obrante a los folios 275 y 276 de los autos, permite entender las características esenciales del producto financiero que es objeto de enjuiciamiento en las diferentes hipótesis posibles y su funcionamiento en los distintos escenarios posibles, los precios de canje y conversión, posibilidad de no remuneración, rango de los valores, garantías, prelación, etc., y demás datos de interés que contiene el referido documento, el problema no radica, como en otros supuestos que con frecuencia han sido objeto de discusión en sede jurisdiccional, en si el producto resulta comprensible en su definiciones y descripción de sus características y riesgos, sino en que no se ha acreditado que dicho

documento informativo lo hubiera facilitado la entidad bancaria, previamente a la contratación de los Valores Santander, y con antelación necesaria y suficiente para que el cliente pudiera apercibirse de la naturaleza y características del producto en cuestión, así como de los riesgos que acarrea su suscripción, pues a tenor de la doctrina jurisprudencial consolidada a la que nos hemos referido con anterioridad, no basta para entender demostrado que se facilitó la información correcta, la manifestación de voluntad, predispuesta por el Banco en las ordenes de valores, acerca de que el cliente había recibido y leído, antes de la firma de la orden, el tríptico informativo de la nota de valores registrada por la CNMN de fecha 19 de septiembre de 2.007, y más cuando en este caso consta acreditado que la reserva del producto litigioso se hizo con anterioridad a tal fecha de 19 de septiembre de 2.007, concretamente el día 7 de septiembre de 2.007, resultado por las mismas razones también insuficientes las palabras del testigo y empleado del Banco Santander S.A. en el Juicio a fin de acreditar tan trascendental extremo.

Y tampoco puede servir de argumento para excluir la necesidad de acreditación de que se proporcionó una información completa, veraz, cabal y suficiente de las características de este nuevo producto financiero de riesgo, la probada e indiscutible experiencia de Don Santiago Ormaetxea, S.A., al que el propio Banco calificaba en su contestación con el calificativo, en argot bancario, de cliente bolsero, por su dilatada experiencia en el campo inversor, porque dicha circunstancia no exonera al Banco de probar que en cada caso concreto proporcionó la adecuada información, remitiéndonos nuevamente a la jurisprudencia reciente de la Sala Primera del TS, debiendo desestimarse igualmente la alegación de que la acción de nulidad habría quedado extinguida, al haber ejercitado los demandantes la facultad de conversión voluntaria, previa a la final obligatoria, lo que supondría, en opinión de la mercantil bancaria demanda, un acto de confirmación sanador de la nulidad de acuerdo con la tesis sustentada por el TS a las tantas veces mencionada sentencia de 12 de enero de 2.015, y más cuando la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado este, según recuerda la sentencia del T.S nº 573/2016 de 19 de Julio.

En definitiva y parafraseando esta última sentencia del TS, de 12 de enero de 2015 en el caso que se analiza, a la luz del resultado probatorio cabe concluir que “el consentimiento fue viciado por error, por falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento de la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores, cuando contrata con clientes respecto de los que existe asimetría informativa”.

Y la consecuencia no puede ser otra que la estimación de la pretensión articulada subsidiariamente en la demanda, declarando la nulidad (anulabilidad) de las ordenes de valores litigiosas, para la adquisición de Valores Santander, con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del Código Civil, por lo que conforme a la doctrina sentada en la reciente sentencia del TS nº 716 de 2.016, de 30 de noviembre de

2.016, los demandantes deberán devolver a Banco Santander S.A. los títulos litigiosos o lo percibido por su canje, así como las cantidades percibidas como rendimientos brutos de la inversión, con sus correspondientes intereses legales, y la demandada Banco Santander el importe de la inversión, comisiones y gastos con sus correspondientes, intereses legales desde la fecha de suscripción.

**QUINTO.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.2 de la LEC se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia y no se hace especial imposición respecto de las costas devengadas en esta alzada.

**SEXTO-** Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para recurrir (D.A. 15.8 de la LOPJ).

**VISTOS** los artículos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

## **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia dictada el día 17 de mayo de 2016 por la Il.tra. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº Doce de Bilbao, en el Juicio Ordinario nº 682 de 2015, del que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud y con estimación de la demanda interpuesta contra BANCO SANTANDER S.A., se declara la nulidad de las ordenes de suscripción de los valores Santander litigiosos suscritos entre las partes el día 25 de septiembre de 2007 y se condena a Banco Santander S.A. a devolver a los actores el importe de la inversión con sus intereses legales, desde la fecha de la suscripción, junto con el importe de las comisiones y gastos de custodia de dichos efectos y sus correspondientes intereses legales, debiendo devolver los actores a la demandada los títulos correspondientes o lo percibido con su canje así como las cantidades percibidas como rendimientos brutos de la inversión, con sus correspondientes intereses legales desde la suscripción, todo ello con imposición a la demandada de las costas de la primera instancia y sin hacerse especial imposición respecto de las costas devengadas en esta segunda instancia.

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

Devuélvase a los actores el importe del depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE**

**DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata 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 el Banco Santander con el número 4738 0000 00 0357 16. 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 **interponer** los recursos (DA 15ª de la 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. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.