

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 6  
OVIEDO**

SENTENCIA: 00108/2015

RECURSO DE APELACION (LECN) 97/15

Ramón Blanco González

FECHA NOTIFICACIÓN LEXNET DÍA:

28 ABRIL 2015

Procurador de los Tribunales

En OVIEDO, a veintisiete de Abril de dos mil quince. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D<sup>a</sup>. María-Elena Rodríguez-Vígil Rubio, Presidente; D. Jaime Riaza García y D<sup>a</sup> Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

**SENTENCIA N°108/15**

**En el Rollo de apelación núm.97/15, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 568/13 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia número once de Oviedo, siendo apelante BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, demandado en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Álvarez Fernández y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Fernández de Retana Gorostizagoiza; y como parte apelada DOÑA MARIA XXX GONZALEZ XXX, demandante en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Blanco González y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Linera Prado; ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Marta María Gutiérrez García.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El Juzgado de Primera Instancia núm. Once de Oviedo dictó sentencia en fecha 8/1/2015 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Estimando la demanda formulada



por el procurador Sr. Blanco González, en la representación de autos, contra Banco Santander Central Hispano, S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de compra de Valores Santander objeto del presente litigio con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, esto es, deberá la sociedad demandada devolver a la actora el capital suscrito y gastos de administración y custodia incrementados ambos en el interés legal desde su entrega y la demandante deberá entregar los títulos recibidos o las acciones que hubieran recibido a cambio de su canje o en caso de enajenación, el importe de las mismas con sus intereses legales desde la fecha de su venta y en todo caso abonar a la demandada el importe de los rendimientos obtenidos por aquellos títulos, incrementadas en el interés devengado desde su pago todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada”.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 23/4/2015.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La acción que se ejercitaba en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de apelación presentado por DÑA. MARIA XXX GONZÁLEZ XXX contra la entidad





bancaria BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. no era otro que la nulidad del contrato de adquisición de "Valores Santander" y de todos los contratos, actos y documentos firmados y conexos con el principal y, por tanto, de forma consecuente, se proceda a la entrega por BSCH de las cantidades que se deriven de la nulidad que se solicita, por cuanto se considera que la actora expresó su consentimiento mediando error, error que fue sustancial y excusable, puesto que BSCH le dio una información falsa, y de otra la omitió, de modo que no le facilitó toda la información necesaria para entender el objeto del contrato y los efectos adversos que podían tener.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la parte actora, aduciendo entre otros argumentos, que la demandante conocía la naturaleza, características y riesgos financieros de los Valores Santander, conforme reconoció en la orden de compra, donde también reconoció haber recibido y leído el tríptico resumen de la inversión que se había puesto a su disposición el folleto (Nota de Valores) que regía la operación, documentos que contienen toda la información oportuna para conocer la naturaleza y riesgos de la operación, y que han sido supervisados, aprobados y publicados por CNMV que ha verificado que el contenido de esos documentos es completo, comprensible y que contiene información coherente. Volvió a ser informada acerca del funcionamiento del producto por medio de cartas que le fueron enviadas con posterioridad a la suscripción de los Valores Santander, se hicieron públicos hechos relevantes con información sobre el funcionamiento de los Valores. Recibió información del Banco acerca del precio de conversión y también recibió los rendimientos anuales de la inversión. Interesando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.





La sentencia de instancia estima la demanda en su integridad y declara la nulidad del contrato de compra de "Valores Santander", con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos. Por considerar que en el presente caso el banco demandado no ha probado que informara debidamente a la actora, menos que lo hiciera de forma detallada y clara de los riesgos en la contratación del producto de inversión con carácter previo a la celebración del contrato con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, que determina que el error de la contraparte haya de ser calificado esencial y excusable.

La parte demandada interpuso recurso de apelación con el que pretende combatir, de manera esencial la valoración de la prueba, en particular, la referida a las siguientes cuestiones: experiencia inversora y conocimientos financieros de la demandante, valoración de los documentos esenciales de la operación y valoración de la prueba testifical.

**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 destalladas 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).



**TERCERO.-** A partir de esta configuración del producto, tal como se ha expuesto, y los deberes impuestos a la entidad financiera cuando contrata con consumidores, como es el caso, es como deben ser examinados los motivos del recurso referidos a la errónea valoración de la prueba, tanto de la



declaración testifical de D. \_\_\_\_\_, que fue quien comercializó la inversión litigiosa de la demandante, como de la capacidad de comprensión de la misma y su experiencia financiera, del proceso de contratación y la confirmación posterior del negocio jurídico.

La prueba en este caso sobre la información previa suministrada se limitó a la documental y testifical. Y de la obrante en autos se infiere que de la documentación entregada y adjuntada con la demanda no se desprende información alguna sobre el funcionamiento del producto, siendo en el tríptico donde se hace referencia a ello, más existe una discrepancia acerca de su entrega, pues la recurrente afirma que se lo entregó, mientras la recurrida sostiene que no le fue entregado, no apareciendo el mismo firmado cuando el testigo reconoció que normalmente se recoge la firma, pero que en este caso no se la recogió al hacerle entrega, por lo que no hay suficiente garantía sobre su entrega. Pero es que además en dicho documento 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". Pese a ello el testigo Sr. \_\_\_\_\_ manifestó que el tríptico lo leyeron los dos y le informó que iba a recuperar un número de acciones determinado, y le explicó que la evolución del valor iba parejo a la de la acción, corría un riesgo paralelo, también sabía que anualmente podía vender en mercado secundario y que alguna vez se lo planteó pues se preocupaba de la inversión.

Y por lo que respecta al conocimiento que el testigo tenía de la información contenida en la nota de valores al que se remite el tríptico, cuya lectura recomienda para conocer todos los detalles de la operación, reconoció que leyó por encima las partes más relevantes y ese mismo día y una hora antes







de la suscripción del producto recibió por multiconferencia formación recibida por espacio de media hora. En la primera reunión con la actora no tenía conocimiento de todas las características, en la segunda reunión ya tenía el tríptico que recibió ese día, que leyeron los dos y se lo entregó antes de la contratación. Lo que sugiere que por la entidad bancaria no se da una información completa. 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.

En el contrato (único documento firmado) 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 Euribor 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 adquiriera 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.

Máxime en un momento en que se avistaba en el horizonte el desplome económico de todos conocido, pese a que según el testigo las previsiones eran de tendencia alcista, información de la que disponía únicamente por los medios de comunicación, no constando hubiera estudio por parte de la entidad bancaria de la evolución de los mercados bursátiles, como sería lo aconsejable, habiendo alcanzado ese momento la acción su cotización máxima histórica, que ni al momento actual ha vuelto ha alcanzar ese importe.

Lo que enlaza con la idea tan resaltada en el recurso que fue la propia actora quien se dirigió al banco para invertir en estos valores específicamente que había conocido fuera de la propia entidad, pero desconoce la fuente, resultando sorprende que tuviera conocimiento de esta opción de inversión por vías ajenas a la entidad bancaria cuando en el primer contacto aún no se conocían todas las características del producto como así admitió el Sr. Cifuentes y se constata en el documento firmado, por lo que más bien da credibilidad, tal como hace el juez a la versión de la parte demandante que fue llamada por la oficina bancaria, sabedores que era una





posible inversora pues no era su banco de cabecera sino acudía al mismo para realizar operaciones de bolsa, como así se trasluce de la propia contestación donde en ningún momento destacan la iniciativa en la suscripción del producto por parte de la cliente, y el propio testigo en el inicio de su declaración manifestó que "cree recordar que se dirigió ella al Banco", y no es hasta más adelante cuando sostiene sin ambages que fue la demandante quien se dirigió al banco para invertir en este producto expresamente.

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.

**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.

Razones todas ellas por las que procede confirmar la sentencia de instancia al apreciar la nulidad por error en el consentimiento. Este Tribunal, revisado el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la hermenéutica apreciativa desarrollada por el Juez de instancia en la sentencia recurrida que descansa en un valoración lógica de las pruebas practicadas en el procedimiento, llegando a una conclusión que objetivamente se corresponde con los resultados de las pruebas practicadas, con las reglas de la carga de la prueba para estos supuestos, y con los requisitos que doctrinal y jurisprudencialmente se han venido estableciendo para la prosperabilidad de la acción ejercitada.

Ese inicial defecto de información no puede tampoco en este caso reputarse suplido, como se invoca en el recurso, por la experiencia previa inversora de la actora, pues todos los antecedentes de inversión que resultan de la documentación de autos, se refieren a valores distintos, carentes de similitud







con el producto ahora contemplado, cuya adquisición previa por la actora no puede por ello ser tenido como evidencia para fundar la pretensión de que conocía los riesgos específicos inherentes a este último. Se trata, la mayor parte de ellos de adquisiciones de acciones cotizadas en bolsa (Banco Santander, Telefónica, Terra, Endesa, Repsol), todas ellas empresas de apariencia segura y solvencia admitida por el consumidor medio, y seis fondos de inversión distintos que no consta tampoco fuera de alto riesgo.

**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 omita ( 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.

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.

**SEXTO.-** La desestimación de recurso de apelación interpuesto conlleva, a tenor de lo establecido en el art. 398 apartado 1º de la Ley de enjuiciamiento civil, la condena al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

### **FALLAMOS**

**DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Álvarez Fernández en nombre y representación de BANCO SANTANDER S.A. contra la sentencia dictada el 8 de enero de 2015 por el juzgado de primera instancia nº 11 de Oviedo, que se CONFIRMA; con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.





Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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

