

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimer

C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.014.00.2-2013/0006802

Recurso de Apelación 650/2015

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 05 de Arganda del Rey

Autos de Procedimiento Ordinario 784/2013

APELANTE: D. /Dña. -----

PROCURADOR D. /Dña. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

ABOGADO: Dña. GISELA BERNALDEZ BRETON

APELADO: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D. /Dña. CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER

NM

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos. Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ

D^a MARÍA ALMUDENA CÁNOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

En Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil diecisiete. La Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario 784/2013 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Arganda del Rey, seguidos entre partes, de una, como Apelante-

Demandante-----, y de otra, como Apelado-Demandado: Banco Santander, S.A.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el **Ilmo. Sr. DON GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Arganda del Rey, en fecha 2 de junio de 2015, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Salcedo López, en nombre de ----- -- frente a Banco Santander S.A. representado por el Procurador Sra. Zulueta Luchsinger y en consecuencia, debo absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones efectuadas por la actora. Las costas deberán ser pagadas por la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del que se dio traslado a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 1 de diciembre de 2016, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 24 de enero de 2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Es un hecho admitido que la parte actora, -----
-, suscribió 120.000 euros en el producto Valores Banco Santander, por lo que se le asignaron 24 valores.

Pese a las imprecisiones y deficiencias de la demanda queda suficientemente claro que la demandante alega que no recibió por parte de la entidad bancaria demandada (Banco Santander S.A.) la información correcta y veraz acerca de las condiciones y características del producto contratado y sus riesgos asociados, por lo que ejercita una acción de nulidad del contrato de suscripción del producto (Valores Santander, aunque en el suplico de la demanda se aluda a participaciones preferentes) por haber concurrido un error invalidante del consentimiento de la actora, y alternativamente (así se plantea en la demanda) una acción resolutoria de dicho contrato por incumplimiento de la parte demandada.

La sentencia dictada por el Juzgado desestima la demanda, siendo recurrida en apelación por la parte actora.

Al cambiarse la dirección letrada de la parte demandada y ahora apelante pretende alterarse en alguna medida el planteamiento de la misma formulado en la primera instancia, lo que resulta inviable conforme a lo

dispuesto en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello se evidencia cuando se pretende discutir la fecha de suscripción del producto, o cuando se pretenden suscitar algunas cuestiones nuevas, no planteadas oportunamente en la primera instancia, como la errónea identificación del producto por su código Isin, la nulidad de pleno derecho de la adquisición por no estar aprobado el producto al momento de su venta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el incumplimiento por la demandada de la obligación de ampliar capital antes de fijar el precio de conversión, la concurrencia de dolo en la comercialización del producto, la nulidad absoluta de la adquisición por manipulación documental y causa torpe, o la nulidad absoluta de la adquisición por abusividad y desequilibrio contractual.

Sentado lo anterior, debemos rechazar primeramente que la sentencia recurrida incurra en defectos de incongruencia omisiva, incongruencia en los razonamientos, falta de coherencia o falta de exhaustividad. Se trata, por el contrario de una sentencia perfectamente razonada, que llega a una solución desestimatoria de la demanda, que podrá agradar más o menos a la parte apelante y que podrá ser o no mantenida por este Tribunal de apelación, pero en modo alguno incurre la sentencia impugnada en los defectos procesales que se le achacan en el recurso. De todas formas, ya que la parte apelante es tan partidaria de los tecnicismos debería saber que el concepto de congruencia es de carácter técnico-procesal en un Tribunal de Justicia y que no se aplica a los razonamientos de la sentencia sino a sus pronunciamientos dispositivos, pudiendo malamente incurrir en un vicio procesal de incongruencia una sentencia que desestima la demanda sin apartarse de la causa de pedir.

SEGUNDO.- Coincide el Tribunal con el criterio de la parte apelante en que el producto adquirido (Valores Santander) es de notable complejidad y

de apreciable riesgo.

Si nos fijamos en el tríptico que aporta la parte demandada, lo primero que llama la atención es que no se indica el emisor del producto, que no es Banco Santander S.A. sino Santander Emisora 150 S.A.

Los Valores Santander se emiten en el marco de una Oferta Pública de Adquisición (OPA) que formuló un consorcio bancario compuesto por Banco Santander, Royal Bank of Scotland, y Fortis, para la adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro.

Para financiar esta operación por parte de Banco Santander se emite el producto, indicándose en el tríptico que la Junta General de accionistas del Banco Santander de 27 de julio de 2007 había autorizado un aumento de capital para financiar parcialmente la OPA, cuyo importe inicial previsto era de 4.000 millones de euros, si bien el importe definitivo se determinaría en función, entre otras cosas, de los importes finalmente obtenidos por las diferentes vías de financiación descritas en la Nota de valores, pero sin especificarse si esta ampliación de capital sería anterior o posterior a la conversión de los Valores Santander en las obligaciones necesariamente convertibles en acciones, lo que podía tener una cierta importancia económica.

El producto Valores Santander operaba de la siguiente manera: Si llegado el 27 de julio de 2008 el consorcio bancario no había adquirido ABN Amro (lo que aparecía como bien poco probable) entonces el producto se constituía como un valor de renta fija, con una remuneración del 7,30 nominal anual y vencimiento a un año, al 4 de octubre de 2008, devengando mientras tanto intereses trimestrales, aunque se indica en el tríptico que aun

adquiriéndose ABN Amro por el consorcio bancario los valores tendrían estas características si Banco Santander no emitía en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008, las obligaciones necesariamente convertibles, si bien, se expresaba, Banco Santander se había comprometido irrevocablemente a emitir y el emisor a suscribir las obligaciones necesariamente convertibles si el consorcio bancario adquiría ABN Amro.

Si antes del 27 de julio de 2008 el consorcio bancario adquiría ABN Amro mediante la OPA entonces Banco Santander estaba obligado a emitir las obligaciones necesariamente convertibles y el Emisor a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008.

Entonces los Valores Santander se canjearan por obligaciones necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander, pero como bien apunta la parte apelante en su recurso el valor de la conversión no estaba determinado a la emisión de los Valores Santander, sino que era simplemente determinable, ya que si para la conversión se valoraba la acción del Banco Santander al 116 % de su cotización a la emisión de las obligaciones convertibles, esta fecha era incluso imprecisa pues Banco Santander tenía el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA para emitir las obligaciones necesariamente convertibles, con plazo límite al 27 de julio de 2008.

Convertidos los Valores Santander en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander, el inversor podía acudir a un canje voluntario de las obligaciones por las acciones los días 4 de octubre de los años 2008, 2009, 2010 y 2011, pero no al valor de cotización de las

acciones de Banco Santander en aquel momento, pues el valor de conversión ya venía determinado al momento de emisión de las obligaciones convertibles, y si el inversor no acudía al canje voluntario en ninguno de aquellos momentos, se producía un canje obligatorio el 4 de octubre de 2012.

El interés de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones era del 7,30% nominal anual hasta el 4 de octubre de 2008, y del Euribor más 2,75% desde entonces, pero ni siquiera esta remuneración era fija, pues el Emisor podía provocar un canje voluntario decidiendo no pagar la remuneración, la cual tampoco se satisfacía en el supuesto de ausencia de beneficio distribuible o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios, en cuyo caso tampoco se abría el período de canje voluntario. Si el inversor acudía a alguna de las ventanas de canje voluntario, entonces las obligaciones necesariamente convertibles se canjearan por acciones de Banco Santander, dejando de devengarse aquella remuneración.

En cuanto al rango de los valores y la garantía del Banco Santander también se explicaba en el tríptico que una vez emitidas las obligaciones necesariamente convertibles, éstas tendrían un carácter subordinado frente al Emisor, situándose en orden de prelación por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados, así como de los tenedores de participaciones preferentes y valores equiparables a éstas, y frente al garante Banco Santander también tendrían carácter subordinado, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados, de las participaciones preferentes o valores equiparables a éstas, y de las obligaciones de Banco Santander derivadas de garantías otorgadas a emisiones de participaciones preferentes o valores equiparables a éstas realizadas por filiales del Banco.

Se indicaba asimismo en el tríptico que Banco Santander solicitaría al Banco de España la calificación de los valores como recursos propios básicos del Grupo Consolidado Banco Santander una vez se hubiera procedido a la emisión de las obligaciones necesariamente convertibles.

Insistimos en que, a nuestro juicio, se trata de un producto de notable complejidad y apreciable riesgo.

TERCERO.- Es cierto que la adquisición del producto de inversión se produce antes de la reforma operada en la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros pero como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015 “La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, tanto la anterior a la transposición de la Directiva MiFID como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, si bien la que transpone la citada directiva lo hace de un modo más sistematizado y exigente, tanto en la recogida de información sobre el cliente, sus conocimientos y necesidades de inversión, como en el suministro de información por parte de la empresa de inversión al cliente para que comprenda la naturaleza, las características y los riesgos de los distintos productos y servicios de inversión, y decida si contrata y, en su caso, qué productos o servicios contrata, con un consentimiento suficientemente informado.

4.- La Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales al primero de los contratos cuya nulidad se solicita, 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 establecía como principios a los que debían atenerse las empresas que actuaran en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79 .bis LMV sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarle, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.

La previsión contenida en la anterior redacción del art. 79 LMV desarrollaba 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. Su art. 11 prevé 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».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la LMV. 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».

La existencia de menciones predispuestas en los contratos conforme a las cuales la decisión de contratar se habría debido a la iniciativa del cliente y no a la propuesta de Banesto, o que cada parte tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y habían entendido, los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, que se adecuaban a su experiencia inversora y financiera, y que su decisión no estaba basada en ninguna recomendación ni asesoramiento financiero o de inversión por parte de Banesto, carece de trascendencia. Ya hemos declarado en ocasiones anteriores (sentencia núm. 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, y 265/2015, de 22 de abril) la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

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 o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de

dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo”.

La sentencia del Alto Tribunal de 17 de diciembre de 2015 declara igualmente que “3.- Así, hemos dicho en la sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre , con remisión a la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre , que con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba «[u]na 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»

4.- El art. 79 LMV, en su anterior redacción (que, como veremos, se cita como infringido en el tercer motivo de casación), ya establecía 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 “[a]segurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]”.

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las

normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y 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, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

“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”.

En similares términos se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 10 de septiembre de 2014, 16 de septiembre de 2015 y 25 de febrero de 2016.

Ahora bien, el incumplimiento del deber de información por la entidad bancaria no conlleva por sí la apreciación de un error como vicio del consentimiento, pues ya la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, y otras posteriores como la de 7 de julio de 2014 o la de 12 de enero de 2015 indicaron que: "1.- El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto.

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error le es excusable al cliente.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el producto, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de

este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo."

Para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias, señalando el art. 1266 CC 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 CC), debiendo ser el error 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.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, inexcusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Si bien, como ha venido indicando nuestro Tribunal Supremo en diferentes resoluciones, el incumplimiento por una empresa de inversión de su deber de informar al cliente no profesional, en el ámbito del mercado de valores y de productos y servicios de inversión, no impide que en algún caso dicho cliente conozca la naturaleza y riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, sin embargo tal incumplimiento lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y riesgos asociados, de forma que si bien la ausencia de información adecuada no determina por si la existencia de error si permite presumirlo, como se indicó en sentencias de este Alto Tribunal de 20 de Enero de 2014 (recurso de casación 879/12), y se ha reiterado en resolución de 12 de Enero de 2015 (recurso de casación 2290/12).

CUARTO.- Como declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, 12 de enero y 16 de septiembre de 2015 y 25 de febrero, 11 y 29 de marzo de 2016 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, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto 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. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a

recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

Y como a su vez declara la sentencia del Alto Tribunal de 16 de septiembre de 2015 “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.”

QUINTO.- Mantiene la actora apelante que no le fue entregado el tríptico del producto a que nos hemos venido refiriendo.

En la orden de suscripción del producto se expresa que el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como 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.

Como una mención predispuesta por la entidad bancaria carece de cualquier efecto para acreditar la entrega a la demandante del tríptico informativo antes de la orden de suscripción o el conocimiento completo por aquélla de las características del producto adquirido y sus riesgos asociados.

Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre

de 2015, a la que ya nos hemos referido.

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2016 al declarar que “hemos considerado ineficaces las menciones predispuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que 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, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento”; pronunciándose en idénticos términos las sentencias del Alto Tribunal de 29 de junio y 24 de noviembre de 2016.

No cabe duda que el producto se ofreció como conveniente para la demandante, en lo que actualmente constituye un asesoramiento en materia de inversiones, desprendiéndose así del interrogatorio de la propia parte demandada, pero lo que no se acredita es la entrega a la demandante del tríptico informativo, pues mientras la demandada mantiene en su interrogatorio que se lo entregó aquélla lo niega, y el testigo -----, ----- de la demandante también lo niega.

Por lo tanto, esta falta de información acerca de la naturaleza y

características del producto adquirido y sus riesgos asociados hace presumir la existencia de error en el consentimiento de la demandante sobre el producto contratado y sus riesgos asociados.

Es cierto que en la demanda se admite que el Director de la sucursal bancaria explicó a la demandante que el producto se trataba de valores convertibles en acciones del propio banco y que la rentabilidad era muy alta porque el dinero iba dirigido a capitalizar Banco Santander para comprar el Banco ABN Amro, que si la operación no salía al año se le devolvería la inversión con un interés del 7,30 %, y que si salía bien no podría disponer del dinero invertido hasta pasados cinco años con distinta rentabilidad, así como que las participaciones se convertirían en acciones, lo que implicaba necesariamente que dependerían de las fluctuaciones de la bolsa, pero esta información que se admite no es suficientemente expresiva ni completa de la naturaleza y características del producto y sus riesgos asociados, por lo que con ella no cumplió la demandada su obligación de información sobre tales extremos, no habiéndose acreditado que facilitara otra información que la admitida por la demandante.

SEXTO.- La recepción por la demandante de diversas comunicaciones posteriores a la adquisición del producto no pueden suponer un acto de confirmación del contrato viciado por error en el consentimiento de la parte actora.

Dispone el artículo 1.311 del Código Civil que: “La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la

voluntad de renunciarlo.”

Pero como resulta de las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero, 11 de marzo, 6 de octubre y 20 de diciembre de 2016, la recepción por la demandante de diversas comunicaciones de la demandada no implica acto confirmatorio alguno del contrato, pues no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de creer, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda la situación confirmatoria. Señalan las referidas sentencias del Alto Tribunal que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de la causa a la hora de fijar una situación jurídica, y que para tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no consta tuviera la actora a la recepción de las comunicaciones.

SEPTIMO.- El historial inversor de la actora que alega la demandada, en acciones, fondos de inversión y participaciones preferentes, tampoco acredita que aquélla tuviera un conocimiento adecuado y completo de la naturaleza y características del producto adquirido y sus riesgos asociados.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015 ya indicaba que la celebración de otros contratos similares anteriores no suponía, por sí mismo, que el inversor fuera un cliente experto, si no existe una mínima constancia de que en esas operaciones sí se le había informado adecuadamente sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato.

La sentencia del Alto Tribunal de 25 de febrero de 2016 declara que:

“Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, para la entidad de servicios de inversión 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 hemos afirmado en las *sentencias núm.* 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Caixa Catalunya, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes.”

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 declaraba a su vez que “Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Bankinter, sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.”

Igualmente declara la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2016 que “Respecto a la celebración sucesiva de varios contratos, ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si como sucede en el caso, en las suscripciones previas del mismo producto, tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida (sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/2016, de 25 de febrero). Las sucesivas contrataciones del mismo producto de inversión, sin que en ninguna de ellas se cumpliera el estándar mínimo de asesoramiento e información legalmente exigible solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes.”

OCTAVO.- También conviene significar que la solución dando lugar a la acción de nulidad de la adquisición de este producto –Valores Banco Santander- por concurrir un error invalidante en el consentimiento del cliente inversor ya la ha adoptado este Tribunal en sus sentencias de 9 de septiembre de 2015 y 16 de febrero de 2016.

NOVENO.- La demandante no acudió a las opciones de canje voluntario de las obligaciones necesariamente convertibles, por lo que éstas se canjearon obligatoriamente por acciones de Banco Santander el 4 de octubre de 2012.

Mientras las obligaciones necesariamente convertibles no se canjearon obligatoriamente por acciones del Banco Santander, la actora percibió las correspondientes remuneraciones o intereses. Canjeadas las obligaciones necesariamente convertibles por acciones del Banco Santander, la actora recibió dividendos, cantidades por la venta de derechos sobrantes y acciones.

La declaración de nulidad del contrato de adquisición del producto –Valores Santander- debe conllevar, conforme al artículo 1303 del Código Civil, la obligación de la demandada de reintegrar el importe invertido (120.000 euros), más sus intereses legales desde la fecha de la efectividad de la adquisición. Ahora bien, esta cantidad debe ser objeto de minoración, atendiendo a sus respectivas fechas, respecto a los intereses o remuneraciones percibidos por la actora, dividendos y otras cantidades obtenidas por la venta de derechos sobrantes, debiendo a su vez devolver la actora a la demandada todas las acciones de Banco Santander canjeadas por las obligaciones necesariamente convertibles, así como las acciones de Banco Santander adjudicadas a consecuencia de la titularidad de las anteriores acciones.

Procede, pues, estimar el recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia recurrida, y con estimación de la demanda declarar la nulidad del contrato de adquisición del producto Valores Santander concertado entre las partes litigantes, por haber concurrido en la actora un error invalidante del consentimiento prestado, con los efectos antes señalados.

DÉCIMO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se imponen las costas de la primera instancia expresamente a ninguna de las partes al presentar el caso litigioso las suficientes dudas de derecho al efecto.

Estas dudas aparecen en cuanto otros Tribunales no dan lugar razonadamente a la nulidad de la adquisición del producto por concurrir un error invalidante del consentimiento, pudiendo citarse en tal sentido las sentencias de 25 de marzo de 2015 de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de julio de 2015 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 2 de marzo de 2015 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, de 5 de enero de 2015 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincia de Córdoba, de 19 de junio de 2015 y 4 de diciembre de 2014 de las Secciones 6ª y 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, y de 20 de mayo de 2015 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, y dentro de esta Audiencia Provincial de Madrid las sentencias de 25 de octubre de 2016 de la Sección 12ª, 18 de noviembre de 2016 de la Sección 18ª, y de 6 de abril de 2016 de la Sección 19ª.

Obviamente, otros muchos tribunales se han decantado por la solución ahora mantenida de declarar la nulidad del contrato de adquisición del producto

por concurrir un error invalidante del consentimiento del cliente inversor, pudiéndose citar en el ámbito de esta Audiencia Provincial de Madrid las sentencias de 27 de octubre de 2016 de la Sección 10ª, de 19 de septiembre de 2016 de la Sección 11ª, 12 de julio de 2016 de la Sección 13ª, y 15 de marzo de 2016 de la Sección 20ª.

Esta misma decisión en cuanto a las costas de la primera instancia la sostuvimos en nuestra sentencia de 9 de septiembre de 2015.

Por lo que atañe a las costas del recurso, tampoco se imponen especialmente a ninguna de las partes (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por ----- contra la sentencia que con fecha dos de junio de dos mil quince pronunció la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera Instancia número cinco de Arganda del Rey, y revocando la citada resolución, debemos estimar y estimamos la demanda formulada por ----- contra Banco Santander, S.A., declarando la nulidad del contrato de adquisición del producto Valores Santander concertado entre las partes litigantes, por haber concurrido en la demandante un error invalidante de su consentimiento, condenando a la demandada a reintegrar a la actora el importe invertido en la adquisición del producto (120.000 euros), más sus intereses legales desde la fecha de efectividad de la adquisición, si bien minorando esta cantidad, atendiendo a sus

respectivas fechas, respecto a los intereses o remuneraciones percibidas por la demandante, dividendos y otras cantidades obtenidas por la venta de derechos sobrantes, debiendo a su vez devolver la actora a la demandada todas las acciones de Banco Santander canjeadas por las obligaciones necesariamente convertibles, así como las acciones de Banco Santander adjudicadas a aquélla a consecuencia de la titularidad de las anteriores acciones; sin especial imposición, ni de las costas de la primera instancia ni de las de este recurso a ninguna de las partes.

Devuélvase a la parte apelante el depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de Casación por presentar la resolución del recurso interés casacional (artículo 477.2-3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y recurso extraordinario por infracción procesal en los supuestos previstos en el artículo 469 de la misma Ley en relación a su disposición final decimosexta, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.