



Roj: **SAP B 5471/2020 - ECLI:ES:APB:2020:5471**

Id Cendoj: **08019370142020100096**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **14**

Fecha: **30/06/2020**

Nº de Recurso: **476/2018**

Nº de Resolución: **111/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **AGUSTIN VIGO MORANCHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **Sección nº 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 934866180

FAX: 934867112

EMAIL:aps14.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810242120168091391

#### **Recurso de apelación 476/2018 -D**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Igualada**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 168/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Basilio , Eulalia

Procurador/a: Noemi Xipell Lorca

Abogado/a: ALBERTO FERNÁNDEZ BOIRA

Parte recurrida: BANCO SANTANDER, SA

Procurador/a: Jordi Fontquerni Bas

Abogado/a:

#### **SENTENCIA N° 111/2020**

**Magistrados Ilmos. Sres. :**

Agustín Vigo Morancho Guillermo Arias Boo Antonio José Martínez Cendán

Barcelona, 30 de junio de 2020

**Ponente:** Agustín Vigo Morancho

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** En fecha 13 de junio de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 168/2016 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Igualada a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Noemi Xipell Lorca, en nombre y representación de Basilio y Eulalia contra sentencia de fecha 14-11-17 y en el que consta como parte apelada el Procurador Jordi Fontquerni Bas, en nombre y representación de BANCO SANTANDER, SA.

**Segundo.** El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:



*" Desestimo integramente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Joanna Lagunnowicz, en nombre y representación de Doña Eulalia , y Don Basilio , en los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado contra Banco Santander S.A, se absuelve a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra y todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas."*

**Tercero.** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 27/02/2020.

**Cuarto.** En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Sr. Agustín Vigo Morancho .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. - 1.** El recurso de apelación, interpuesto por los actores Don Basilio y Doña Eulalia , se funda en los siguientes motivos: 1) Falta de toma en consideración del perfil de los actores cuando se les ofreció el producto VALORES SANTANDER. 2) Incumplimiento de los deberes de lealtad, diligencia y transparencia; y 3) concurrencia de error invalidante en la prestación del consentimiento, según se deduce de la prueba practicada. Por otro lado, la parte apelante también se refiere a la improcedencia de la caducidad de la acción, como alegación complementaria, pero como esta excepción se desestimó por la sentencia de instancia y no ha sido objeto de impugnación por la parte demandada, no entraremos en su examen, ya que tampoco se trata en sentido estricto de un motivo del recurso de apelación.

**2.** El objeto de este litigio deriva de la pretensión de anulabilidad por vicio del error en el consentimiento (acción principal) del producto bancario Valores Santander. En concreto, los actores Don Basilio y Doña Eulalia en fecha de 17 de septiembre de 2007 invirtieron la cantidad de **55.000 €** (doc. 12 demanda) en la compra de 11 títulos del producto amarillo Valores Santander (5.000 € cada uno). Este producto se convertía necesariamente en acciones de Banco Santander a los 5 años y se emitió para la compra del BANCO AMR AMRO, como se detallará más abajo. No obstante, cuando se produjo la conversión, en fecha de 4 de octubre de 2012, los actores sufrieron una pérdida en su inversión, pues los 11 títulos de VALORES SANTANDER se convirtieron en 4.243 acciones de BANCO SANTANDER (doc. 17 demanda), número que posteriormente se incrementaría en 4.367 acciones por un pago de dividendos mediante 24 acciones. Por otro lado, durante los años 2007 al 2016 los actores percibieron rendimientos por un valor de 19.691 **,86 €**.

Cuando se efectuó la contratación del producto VALORES SANTANDER no estaba en vigor la normativa de la Directiva 2004/39/CE sobre los Mercados de Instrumentos Financieros" (MiFID), pese a que había transcurrido el término para su trasposición en España, ya que la referida Directiva se promulgó el 21 de abril de 2004 por el Parlamento Europeo y el Consejo, entrando en vigor en la Unión Europea el 1 de noviembre de 2007, si bien en España se introdujo por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico diversas directivas y en particular la Directiva 2004/39/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros conocida como MIFID. Pues bien, a partir de la entrada en vigor de esta normativa la entidad bancaria reconoció a los actores la condición de minoristas, sin embargo, como se especificará más adelante, los inversores particulares también debían ser protegidos, en cuanto consumidores y usuarios, conforme la legislación tuitiva de consumidores, por lo que, a efectos de este procedimiento, la protección debe ser la misma cuando se trata de productos contratados con anterioridad a la legislación MIFID. En consecuencia, a los actores se les debe calificar como inversores de perfil conservador, que sólo persiguen obtener beneficios sin riesgos, y de condición minorista, máxime dada la condición personal de ambos, que durante su vida se han dedicado a trabajos ajenos al sector bancario o financiero, careciendo de conocimientos específicos en materia económica.

**SEGUNDO. - 1.** La operación efectuada por el BANCO SANTANDER, SA al ofrecer al mercado el conocido como "producto amarillo" Valores Santander consistió en pedir dinero prestado a sus clientes a fin de obtener 7.000 millones de euros para financiar la compra del Banco holandés ABN AMRO. A tal efecto, el Banco se comprometía a devolver el préstamo mediante un interés del 7,50% TAE el primer año y un Euribor más 2,75% después, hasta su vencimiento en octubre de 2012. En esencia, se trataba de obligaciones esencialmente convertibles en acciones. Ahora bien, con el tiempo y por concurrencia de circunstancias diversas, el precio de la acción del BANCO SANTANDER, SA, por lo que los adquirentes de Valores Santander cobraron con acciones sobrevaloradas, perdiendo dinero en la inversión. Cuando se produjo el canje estipulado los adquirentes convirtieron los valores en acciones por el precio de 12,06 € la acción, cuando en ese momento las acciones cotizaban a 6 €, lo que implicó una pérdida patrimonial a quienes habían adquirido dichos productos. De esta descripción se desprende que los Valores Santander son un producto de alto riesgo, parecido a otros

productos complejos como han sido las participaciones preferentes o la deuda subordinada (aunque con otras características) que en multitud de ocasiones se comercializaron por la entidad de forma inadecuada y sin ofrecer la información necesaria para el conocimiento de los productos. Debido a su naturaleza, es un producto de alto riesgo, teniendo como principales riesgos:

- 1) Riesgo de principal o de mercado: las condiciones de mercado pueden llevar a que los títulos coticen por debajo de su valor nominal, y, por tanto, generen pérdidas a los inversores.
- 2) Riesgo de intereses: los beneficios prometidos sólo se abonarán si hay beneficio distribuible.
- 3) Riesgo de emisor: supuestos de insolvencia del emisor, aunque éste era difícil que se diera, al considerarse, como hecho notorio, que se trata de una entidad de solvencia.

2. El producto Valores Santander debe considerarse como un producto complejo y de difícil comprensión para un inversor medio, considerando como tal a las personas que, en general, invierten simplemente para obtener un interés futuro y un beneficio a largo plazo, sin que tengan especiales conocimientos económicos, ni financieros. En el folleto registrado en la Comisión del Mercado de Valores (CNMV) el día 19 de septiembre de 2007 se indica que "con ocasión de cada canje los Valores Santander, las obligaciones necesariamente entregadas a los titulares de los Valores que hayan acudido al canje serán convertidas, a su vez, en acciones Santander. De este modo, los titulares de los Valores Santander que procedan a su canje adquirirán, indirectamente, acciones Santander". El carácter complejo de estos fondos se desprende, asimismo, de las dos sanciones impuestas por la CNMV al BANCO SANTANDER, SA, siendo de especial relevancia la que afecta al principio de información, puesto que se sanciona al amparo del "artículo 79 bis de la LMV, que trata del principio de información. Al no estar el cliente en una situación de igualdad con la entidad, el banco debe suministrar la información suficiente para la comprensión del cliente sobre los productos y acciones". Por lo tanto, el deber de información de este tipo de productos era inexcusable, aunque no se hubiera reformado en España la LMV, que introducía la normativa MIFID mediante la Ley 47/2007, bien por aplicación de la legislación vigente anteriormente o bien por aplicación de los principios informantes contenidos en la Directiva 2004/39/CE.

3. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación de los mercados de valores y registros obligatorios, vigente hasta el 17 de febrero de 2008, que fue derogado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tuvo la finalidad de concretar los deberes de diligencia e información transparente a facilitar a los clientes por las personas públicas o privadas que realizasen cualquier actividad relacionada con el Mercado de Valores. Para cumplir sus objetivos, añadía un código general de conducta de obligado cumplimiento en interés de los inversores y el buen funcionamiento y transparencia de los mercados. Imponía el deber de proporcionar toda la información relevante para que los inversores conformasen su voluntad con pleno conocimiento. Además, los operadores del mercado debían hacer hincapié en los riesgos que toda operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

4. La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado de Valores, transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre mercados de instrumentos financieros MiFID, *Markets in Financial Instruments Directive*, que ha sido desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Con la nueva regulación se profundizó en la protección a la clientela, a través del incremento y mayor precisión de las obligaciones de las entidades financieras. Entre los deberes destaca la clasificación singular de los clientes en función de sus conocimientos financieros, con carácter previo a la suscripción de las operaciones reguladas por la ley. Así, el artículo 78 bis introduce la distinción entre clientes profesionales y minoristas, con el fin de imponer a las entidades obligaciones diferentes en función de dicha clasificación.

5. Además, el artículo 79, referido a la obligación de diligencia y transparencia, dispone que las entidades que prestan servicios de inversión se tienen que comportar con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, cumpliendo con las normas de la ley y las de sus normas de desarrollo. Precisa este precepto que hay falta de diligencia y transparencia si, en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar, las empresas de inversión pagan o perciben algún honorario o comisión, incluso los no monetarios.

6. Las obligaciones de información se desarrollan detalladamente con la inclusión del artículo 79 bis. Para el cumplimiento de dichas obligaciones la entidad, en la fase previa a la celebración del contrato, tiene que asegurarse de los conocimientos, experiencia financiera y objetivos perseguidos por el cliente, mediante una evaluación de conveniencia o idoneidad. El test de idoneidad ha de aplicarse por las entidades financieras que vayan a prestar servicio de asesoramiento financiero a un cliente concreto, con lo que se pretende que cuente con información suficiente sobre el cliente para que le sirva de base para asegurarse que la recomendación que realiza es adecuada, tanto para alcanzar los pretendidos objetivos de inversión del cliente como en cuanto a



delimitar el riesgo que es capaz de asumir. En caso de resultar como un instrumento financiero no idóneo para el cliente, la entidad debe abstenerse de recomendar dichos instrumentos. El test de conveniencia busca que la entidad financiera se cerciore de que el cliente cuenta con la experiencia y conocimientos suficientes, con relación a un tipo de producto o servicio concreto, de tal manera que comprenda los riesgos de la operación que desea realizar. Si el resultado del test es negativo, la norma solo impone a la entidad financiera la obligación de advertirlo. En ambos casos, si el cliente lo solicita, la entidad podrá comercializar el producto, previa constancia de las advertencias oportunas al cliente.

7. Además, el artículo 63.1.g) de la Ley del Mercado de Valores incluye entre los servicios de inversión el asesoramiento, y entiende por tal "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de los servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Por el contrario, no considera asesoramiento las recomendaciones genéricas que tienen el valor de comunicaciones de carácter comercial.

8. Según el artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, se impone a las entidades la obligación de contrastar la información recibida del cliente sobre su capacidad para entender las inversiones, si bien las entidades tienen derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta. No desplegar esta actividad supone una falta de diligencia por parte de la entidad no excusada por la norma.

9. La exigencia de información al cliente en esta clase de productos, tanto antes como después de la entrada en vigor de la normativa MIFID ha sido resaltada por el Tribunal Supremo en varias Sentencias. En concreto, en la sentencia 269/2017, de 4 de mayo, en su fundamento jurídico cuarto, declaro: «Esta sala ha dictado ya un importante número de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión. Las sentencias del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero de 2015, recogen y resumen la doctrina dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión y son otras muchas las que después la han seguido, también para contratos como el que da origen a este litigio (el contrato se celebró el 28 de septiembre de 2006), un depósito estructurado pre-"MiFID", como la sentencia 102/2016, de 25 de febrero.

Dicha doctrina declara la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el error haya sido causado por la insuficiencia de la información suministrada por la empresa de servicios de inversión. Ello, tanto en casos en que resulta de aplicación la legislación anterior a la incorporación a nuestro Derecho nacional de la normativa "MiFID" como en casos en los que es aplicable la normativa "MiFID". La normativa pre-"MiFID" (fundamentalmente art. 79 de la Ley 24/1998, de 29 de julio, del Mercado de Valores y el RD 629/1993, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios) era la aplicable al primer contrato litigioso, suscrito el 28 de septiembre de 2006. La normativa "MiFID", introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 y, por tanto, es aplicable al segundo contrato litigioso, celebrado el 28 de enero de 2009.

De esta doctrina importa destacar ahora los siguientes aspectos:

1.º) El art. 1266 CC 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 mismo 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 215/2013, de 8 de abril).

2.º) El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre.

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.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren 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.

3.º) 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 las citadas sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

4.º) La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, 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 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.

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 para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente...>>.

**TERCERO. - 1.** Respecto al tema del error como vicio del consentimiento, si bien es cierto que el error constituye una causa invalidatoria del consentimiento, conforme se dispone en el artículo 1.266 del Código Civil, no lo es menos que, para que tal efecto se produzca es indispensable que el mismo sea sustancial, no imputable al que lo alega en su favor, que se derive de hechos desconocidos para quien lo prestó; sin que sea suficiente el que pudo evitarse mediante el empleo de una regular diligencia y que se acredite suficientemente en las actuaciones. En cuanto a los requisitos del error invalidante del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2013 declaró: "El error, como vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta y que precisa ser esencial (determinante de la voluntad declarada) e inexcusable... como así lo define la sentencia de 21 mayo 2007. Así, para que el error sea relevante para causar la invalidez (rectius, anulabilidad) del contrato son precisos los dos requisitos que enumera la sentencia mencionada y que se reitera en otras muchas, como las anteriores de 28 de septiembre 1993, 21 mayo 1997, 30 septiembre 1999: la esencialidad y la inexcusabilidad. El error esencial implica una creencia inexacta que recae sobre un elemento fundamental del contrato. Y el error inexcusable significa que no pudo ser evitado empleando una diligencia media. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 precisó: "Debe recordarse que si bien el error que recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo permite invalidar el consentimiento prestado ( art. 1266 del Código Civil) esta Sala, a través de numerosas resoluciones ha venido precisando que tal error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece ( Sentencia de 29 de marzo de 1994 en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una regular diligencia ( Sentencia de 3 de marzo de 1994 no mereciendo tal calificativo el que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella , en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible ( Sentencias de 18 de febrero de 1994 y 6 de noviembre de 1996 )".

**2.** Por otro lado, la la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014, en su fundamento jurídico cuarto, declaró: los <<juicios de valor son particularmente necesarios para declarar existente el error, como vicio del consentimiento; esto es, para afirmar que la voluntad de una de las partes contratantes se formó



sobre la base de una creencia inexacta. La sentencia 26/1996, de 25 de enero - con cita de otras - recordó, al respecto, que "es cuestión de hecho, reservada a la libre apreciación del Tribunal de instancia, la concurrencia o no de consentimiento viciado, que ha de entenderse respecto a los hechos, pero no a su valoración jurídica para poder alcanzar si de los mismos se deduce la existencia de error, por integrar propia función juzgadora casacional, que esta Sala reserva apreciar y decidir">>; agregando seguidamente la Sentencia de 17 de febrero de 2014 que "respecto del error puso de manifiesto la sentencia de 29 de diciembre de 1978 que la voluntad, base esencial del contrato, ha de ser libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten dichas condiciones, por lo que la Ley considera un obstáculo para la validez del consentimiento el prestado con error, porque desviándolo del verdadero conocimiento, el que se halla conforme con la realidad y la naturaleza de las cosas y las circunstancias esenciales que lo integran, recae sobre algo distinto de lo querido, rompiendo así, en unos casos, la unidad del mutuo consentimiento y variando, en otros o siempre, el verdadero objeto del contrato o sus circunstancias, en contradicción con el concepto fundamental del mismo, al no responder a lo que quisieron o hubieran querido los contratantes">>.

**3.** En cuanto a la exigencia de cumplir con el deber de información clara en el momento de formalización de los contratos de este tipo, la Sentencia del Tribunal Supremo 722/2018, de 19 de diciembre, en su fundamento jurídico cuarto, ha declarado: << **1.-** Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las sentencias 384 y 385/2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; y 722/2016, de 19 de diciembre).

**2.-** En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede

apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son 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 requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios>>.

En el caso de VALORES SANTANDER debe destacarse que incluso la CNMV y el Ministerio de Economía, a propuesta de aquella, impusieron dos sanciones por la comercialización de estos productos, siendo de destacar que la segunda de ellas fue por la falta de información de la entidad financiera a sus clientes. Estas sanciones fueron a su vez confirmadas por la Sentencia de 23 de marzo de 2018 de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo.

**4.** En el presente caso, debe indicarse que la apelante alega que concurrió error esencial en la prestación del consentimiento, que invalidó la prestación de éste. Para el análisis de esta cuestión deben examinarse las pruebas documentales aportadas y la declaración testifical practicada en el juicio. Respecto los documentos debe destacarse que en octubre de 2007 la entidad BANCO SANTANDER comunicó a los clientes que se



había completado con éxito la OPA sobre el BANCO ABN-AMOR (doc. 8 demanda). Por otro lado, en fecha de 30 de marzo de 2012, por la Junta Ordinaria de accionistas de la entidad financiera referida se acuerda dar la opción a los titulares de Valores Santander de la conversión voluntaria en cuatro ocasiones y antes del 4 de octubre de 2012, fecha de la conversión obligatoria o necesaria, de dichos títulos en acciones (doc. 6 demanda). Posteriormente, en septiembre de 2016 se les comunica que en octubre de 2012 (doc. 13 demanda) se produciría automáticamente la conversión de los títulos referidos en acciones de Banco Santander y que *el precio de referencia sería de 12,96 € por acción*. De estos documentos ya se deduce que existió una pérdida en la inversión de 55.000 € en el referido producto amarillo. Por otro lado, en el juicio declaró el testigo Don Felicísimo, empleado del Banco que se encargó materialmente de la venta del producto a los actores y quien les aconsejó que era un producto idóneo para invertir. En concreto, este testigo reconoció que "los actores son de perfil minorista; he mirado el expediente y había tenido algún fondo de inversión, pero no recuerda más". En cuanto al tríptico informativo debe resaltarse que, cuando se contrató el producto, aquél aún no se había registrado, razón por la que se le preguntó al testigo, quien contestó << que no puedo explicarlo, pero en todos los casos entregaba el tríptico. Los clientes no me expresaron nunca ninguna queja>>. Más adelante agregó: <<fui el encargado de vender el producto, pero la firma en el documento es de otra persona. Se nos dio información sobre este tipo de producto. Venderíamos unos 70 u 80 operaciones de Valores Santander y más de la mitad las ofrecí yo. Este producto se podía ofrecer a un minorista. Valores Santander se ajustaba al perfil de estos señores. El Banco hizo una campaña previa de publicidad del tipo de producto. Antes del 19 de septiembre no tenían el tríptico. No les dije que era un producto a plazo fijo, les informé que podía perderse capital. Antes de hacerse la operación de la OPA cogían un precio medio de las acciones del banco y le sumaban un 116%. En el año 2012 si la cotización estaba por encima tenían unos beneficios y, en caso contrario, tendrían pérdidas. Se demostró que, después hubo una cotización menor, porque se efectuaron ampliaciones de capital>>.

Pues bien, de la declaración de este testigo no se deduce que diera información suficiente, ni relevante respecto las características del producto, ni de la posibilidad de pérdida real de la inversión si el valor de las acciones era menor, como ocurrió en este caso, ya que al producirse ampliaciones de capital antes de la conversión obligatoria, disminuyó el valor de las acciones. Pero es que incluso el testigo afirma que entregó un tríptico, cuando se ha demostrado documentalmente que el tríptico aún no se había aprobado. En tercer lugar, es difícilmente comprensible para un inversor mediano (no se olvide que ambos eran de perfil minorista y conservador) como se determina el precio del valor de la acción. En definitiva, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente, nos encontramos ante un producto de carácter complejo, ya que se trata de una especie de producto estructurado y de elevado riesgo, lo que no conocían los actores, por lo que se considera que estos incurrieron en un error esencial y grave, invalidante del consentimiento, que implica la nulidad del contrato. En conclusión, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por Don Basilio y Doña Eulalia contra la sentencia de 14 de noviembre de 2017, dictada por la Il. Jueces del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Igualada, revocándose la misma en el sentido de estimar íntegramente la demanda interpuesta por los actores referidos contra la entidad BANCO SANTANDER, SA, y, en consecuencia, se declara la nulidad relativa del contrato de administración y depósito de valores, así como de la adquisición de 11 títulos del producto Valores Santander, y del posterior canje de acciones, condenando a la entidad financiera demandada al pago de la cantidad de **55.000 €**, así como los intereses legales devengados desde la fecha de 4 de octubre de 2007, debiendo a sus vez los actores devolver las 4.243 acciones frutos de la conversión y los rendimientos percibidos tanto en forma de Cupones de los títulos convertibles como de los dividendos de las acciones fruto de la conversión, comprendiendo tanto el dinero como el *scrip dividend* (124 acciones), así como los intereses de los rendimientos obtenidos, de conformidad a lo previsto en el artículo 1.303 del Código Civil.

**QUINTO. - 1.** Al estimarse el recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento de las costas de esta alzada, conforme a lo dispuesto en el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**2.** Conforme al principio del vencimiento objetivo, establecido en el artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condenar a la parte demandada al pago de las costas de primera instancia.

VISTOS los artículos 117 de la Constitución Española, 1, 2 y 9 de la LOPJ, los citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por Don Basilio y Doña Eulalia contra la sentencia de 14 de noviembre de 2017, dictada por la Il. Jueces del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Igualada, y, por ende, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS estimando íntegramente** la demanda interpuesta por los actores citados contra la entidad BANCO SANTANDER, SA, y, en consecuencia, se **declara**



**la nulidad relativa** del contrato de administración y depósito de valores, así como de la adquisición de 11 títulos del producto Valores Santander, y el posterior canje de acciones, **condenando** a la entidad financiera demandada al pago de la cantidad de **55.000 €**, así como los intereses legales devengados desde la fecha de 4 de octubre de 2007, debiendo a sus vez los actores devolver las 4.243 acciones frutos de la conversión y los rendimientos percibidos tanto en forma de Cupones de los títulos convertibles como de los dividendos de las acciones fruto de la conversión, comprendiendo tanto el dinero como el *scrip dividend* (124 acciones), así como los intereses de los rendimientos obtenidos

**Se condena** a la parte demandada al pago de las costas de primera instancia.

**No se efectúa** especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

Se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, mediante escrito presentado ante este tribunal dentro del plazo de veinte días siguientes a su notificación. Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así, por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEMENTI