



### Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 9 - Barcelona - C.P.: 08075  
TEL.: 935549438  
FAX: 935549538  
EMAIL: instancias38.barcelona@j1.gencat.cat  
N.I.G.: 0801394212016917/9901  
Procedimiento ordinario 715/2016 -4B  
Materia: Juicio ordinario por cuantía

Cuenta BANCO SANTANDER:  
Bancafitio: Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona  
Cuenta de Ahorro: 0000213990023  
Para ingresar en esta cuenta en el Juzgado (16 dígitos)  
Expediente del Juzgado (15 dígitos)  
Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta  
Expediente del Juzgado (15 dígitos)  
Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta  
Expediente del Juzgado (15 dígitos)

Parte demandante/lejudatada: [REDACTED]  
SA [REDACTED]  
Procuradora: Jaume Castell Nadal, Jaume Castell Nadal, Jaume Castell Nadal  
Abogada: Casal De Vega Ruiz

Parte demandada/lejudatada: BANCO SANTANDER  
SA [REDACTED]  
Procuradora: Ildelfonso Lago Perez  
Abogado: [REDACTED]

### SENTENCIA Nº 22012017

En Barcelona a 16 de noviembre de 2017.

Vistos y examinados por Don Francisco González de Audicana Zorraquino, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona y su partido judicial, los autos de Juicio Ordinario seguidos con el núm. 715-16, a instancia del Procurador D. José Rafael Ros Fernández, en nombre y representación de **D. JAUME CASTELL NADAL**, Procurador de los Tribunales y de [REDACTED] los dos últimos representados por su tutor [REDACTED] defendidos por el Letrado D. Pablo Fuente Zomeño [REDACTED] contra **BANCO SANTANDER** representado por **D. ILDEFONSO LAGO PEREZ**, Procurador de los Tribunales y defendido por el Letrado D. Alejandro Ferreres Cornella, y de los que resultan los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO



**PRIMERO.** - Por la meritada representación se presentó demanda de fecha 23 de septiembre de 2016 en ejercicio de una acción de **anulabilidad** de las órdenes de suscripción de Valores Santander y subsidiariamente, caso de no prosperar la acción de anulabilidad, se declaren incumplidos los deberes de información en la celebración de dichos contrato, solicitando en el petium que:

1. **Se declare la anulabilidad** de las órdenes de suscripción de Valores Santander, todas ellas con Código Valor 0000213990023, por importe total de **SETENTA MIL EUROS (70.000 €)** suscrito entre (1) [REDACTED] el día 27 de septiembre de 2007 por importe de 25.000 euros, (2) [REDACTED] el día 25 de septiembre de 2007 por importe de 20.000 euros, y (3) [REDACTED] por importe de 25.000 euros, y la demandada a estar y pasar por esa declaración y, además, que se condene a la parte demandada a la restitución del capital invertido de setenta mil euros (70.000 €) en total € [REDACTED] (25.000), [REDACTED] (20.000), condenando también a la parte contraria a abonar los intereses legales desde la fecha de suscripción de los Valores Santander, hasta el día en que definitivamente restituya los importes pagados y descontando los intereses que se hayan recibido incrementados en el interés legal; debiendo restituir los títulos de acciones correspondientes a la demandada.

2. Con condena expresa a la demandada de las costas causadas **Subsidiariamente se solicita que se dicte sentencia por la que:**

1. Se declare el incumplimiento de las obligaciones de información en la contratación de las órdenes de suscripción de Valores Santander, todas ellas con Código Valor [REDACTED] por importe total de **SETENTA MIL EUROS (70.000 €)** suscrito entre (1) [REDACTED] el día 27 de septiembre de 2007 por importe de 25.000 euros, (2) [REDACTED] el día 25 de septiembre de 2007 por importe de 20.000 euros, y (3) [REDACTED] por importe de 25.000 euros, y la demandada, condenando a la demandada a estar y pasar por esa declaración y a abonar a nuestros representados una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato señalado, por un importe de





25.000 para [REDACTED] y 20.000 euros para [REDACTED] 25.000 euros  
[REDACTED] descontando los intereses que se hayan recibido, e incrementadas todas las cantidades con los intereses legales desde la fecha correspondiente, pasando la titularidad de todos los títulos de acciones procedentes de ese contrato a la entidad demandada.

2. Con condena expresa a la demandada de las costas causadas

**SEGUNDO.-** Se admitió a trámite la demanda dándose traslado de la misma a la demandada y por el plazo de 20 días.

Se contestó por la dirección jurídica de la entidad BANCO SANTANDER solicitando una sentencia desestimatoria con imposición de costas al actor, alegando con carácter previo la caducidad de la acción, subsidiariamente y en cuanto al fondo se argumenta que: los actores decidieron libremente la suscripción de los valores y conocían los riesgos del producto y su rendimiento, tanto por la información verbal como por la entrega del tríptico, que además adquirieron otros productos complejos o amarillos, es decir, tenían experiencia inversora y que se cumplió la legalidad administrativa en cuanto a la información otorgada en trípticos.

**TERCERO.-** Se celebró la audiencia previa, solicitándose y concediéndose como medios probatorios por la parte actora, que se tengan por reproducidos los documentos acompañados a la demanda y pericial. A su vez se admitieron como medios probatorios de la demandada, que se tengan por reproducidos los documentos acompañados a la contestación a la demanda, testifical y pericial.

Se realizó juicio el día 14 de noviembre de 2017 practicándose la prueba y tras las conclusiones quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.- 1. Caducidad de la acción.** Se alega con carácter previo por la parte demandada la excepción relativa a la caducidad de la acción por prescripción sanatoria del contrato, entendiendo que el día a quo lo es o en la fecha de suscripción septiembre de 2007 o en todo caso, cuando reciben en 2008 la información fiscal depreciándose el valor de los valores Santander en un 40%, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil.

Pues bien, la lógica implica que la acción de anulabilidad por error en el consentimiento lo es desde la finalización o consumación del contrato, es decir, hasta que se producen sus últimos efectos, y en todo caso, desde que se tiene conocimiento del error en el consentimiento o conocimiento del error invalidante del consentimiento, ya que el mismo sigue vigente durante el plazo contractual, y sólo a su extinción, no producen efecto las obligaciones sinalagmáticas entre las partes, momento en el que corre el plazo para solicitar la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, y esto no ocurre en un producto como éste, VALORES SANTANDER CONVERTIBLES EN ACCIONES, cuya concreción en cuanto a la liquidez se produce con la adquisición OBLIGATORIA de las acciones, **4 de octubre de 2012**, es decir, no han transcurrido los 4 años.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015 siendo ponente D. Rafael Saraza Jimena, en un supuesto semejante o análogo ya que se trataba de un contrato de seguro de vida "unit linked multistrategia" que había contratado la actora con el banco demandado por haber sufrido error en el consentimiento, ya que no fue informada adecuadamente de la naturaleza y riesgo del producto que contrató. Solo tuvo conocimiento de que podía perder la inversión realizada cuando el 11 de diciembre de 2011 se suspendió la liquidación periódica de los beneficios de la inversión y fue informada de que su inversión había sido afectada por el llamado "caso Madoff", y el banco le ofreció compensarle mediante acciones preferentes, ofrecimiento que rechazó.

**QUINTO.- El cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos**





**financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento**

...3.- Además de lo expuesto, no es correcta la tesis de las sentencias de instancia en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, « [l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que « la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes ».

**No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil con la perfección del mismo.** Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales **la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones »** (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), **acuerdo, están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes »** (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de trazo sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003:

« Así en supuestos concretos de contratos de trazo sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que « **el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo** ». Y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que « la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó ».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico ». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. **Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia**



**razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.**

5.- **Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas »**, tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de completitud entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. **En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual.** Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", **confirme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción.** Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

**En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitada por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.**

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.





Siguiendo este último criterio la acción no ha caducado, ya que se fija el día a quo cuando se produce el canje obligatorio por acciones en fecha 4 de octubre de 2012, en el mismo sentido se pronuncia recientemente el TSJ en sentencia de fecha 27 de junio de 2017, nº 401/2017.

“5. En el motivo primero, la recurrente denuncia la vulneración del artículo 1301 del Código Civil. Argumenta que la acción ejercitada está caducada, pues dicho plazo de 4 años debió computarse desde la fecha de compra o adquisición de las participaciones preferentes.

6. El motivo debe ser desestimado. Esta sala con relación a la caducidad de la acción de anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio de consentimiento tiene declarado, entre otras, en las SSTS 489/2015, de 16 de septiembre y 769/2014, de 12 de enero de 2015, lo siguiente: «[...] En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

»Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.»

**En el presente caso, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción (días a quo) viene determinado por la fecha de la Resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), de 7 de junio de 2013, por la que se cuenta implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de Catalunya Banc S.A. Por lo que procede concluir la no caducidad de la acción.”**

**2. Legitimación pasiva.** La demandada actúa en supuestos, como este, en el que se trata de un producto atípico y complejo, como se verá, **asesorando a su cliente.**

Lo cierto es que la entidad demandada actúa, ya que es la que aconseja e inicia a la parte actora a la compra de este producto, en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2014, sin duda es ideado por la entidad a los efectos de tener mayor reporte en los recursos de la



entidad financiera, es decir, en su beneficio, no es que los actores se personaran en las oficinas de la entidad demandada y teniendo conocimiento del producto financiero, solicitaran más información sobre sus características y las ventajas o desventajas de dicha inversión (... sino que...) fue dicho apoderado quien, de entre todos los productos financieros de que disponía, ofreció el concertado, producto que además era el que más convenía a los intereses de la propia entidad bancaria, pues, el destino del importe de la emisión de las participaciones, era servir a los recursos propios de la entidad (... además de que...) se dieron instrucciones (...) para que colocara a los clientes los bonos preferentes, SAP Palma Mallorca (secc. 5ª) 21-3-2011 [Foj: SAP IB 662/2011].

**Es más, debe asesorar correctamente a su cliente, teniendo presente el perfil de este como luego veremos.**

... como expresa el Tribunal Supremo en sus recientes SSTS núm. 769/2014 de 12 de enero de 2015, núm. 676/2015 de 30 de noviembre ( RJ 2015, 5466), núm. 562/2016 de 23 septiembre (RJ 2016/4577), núm. 579/2016 de 30 septiembre (RJ 2016/4589) y núm. 595/2016 de 5 octubre (RJ 2016/4913), 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 contrato, 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 mismo sentido de tener a la entidad por algo más que una mediadora se pronuncian las siguientes resoluciones:

SAP Illes Balears, Secc. 5.ª, de 2 de septiembre de 2011 (LA LEY 172955/2011) (LA LEY 172955/2011) ...servicio muy activo de asesoramiento que excede de un simple contrato de administración de valores nos hallamos ante un contrato del tipo aludido en el artículo 63.1 g) de la LMV, como servicio de inversión, y no como servicio auxiliar, por cuanto el servicio prestado por el banco desde su inicio va más allá de una simple comercialización de valores, sino que contiene un importante asesoramiento,





Audiencia Provincial de Palma de Mallorca Sección: 3 Ponente: CARLOS GÓMEZ MARTINEZ, Roj: SAP IB 2185/2012. "De todo ello se infiere que, incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley del Mercado de Valores."

Y SAP Pontevedra de 25 de abril de 2012 y SAP Alicante de 27 de septiembre de 2012.

SAP, Civil sección 9 del 13 de julio de 2016 ( ROJ: SAP V 2757/2016 - ECLLES:APV:2016:2757 ) Este relevante dato fáctico, pone ya de manifiesto encontramos ante una **"recomendación personalizada"** tal como ha sealado el TJUE en la sentencia de 30/4/2013 (caso Genil) (criterio seguido por Tribunal Supremo desde la sentencia del de 20/1/2014) al decir: "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 59). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal a recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. "La alegación de la parte demandada -apelada negando la concurrencia de esta relación para calificarla de mera intermediación comercial, no resulta aceptable.

"...y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Como dijimos en la sentencia n. m. 102/2016, de 25 de febrero, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa para de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición." Audiencia Provincial de Barcelona sección 17, n  229/2017 de fecha 29 de marzo de 2017.

"La prueba practicada permite concluir que Banco de Santander prest  labores de asesoramiento. Según establece el artículo 4.1.4 de la Directiva 2004/39/CE , aclarado por el



art. 52 de la Directiva 2006/73/CE (STJUE caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) y recoge la STS 20 de enero 2014 , se presta un servicio de asesoramiento cuando se efectúa "una recomendación personalizada a un inversor que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no está divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

Es necesario distinguir al respecto, como decimos en nuestra sentencia de 31 de julio de 2015 (R. 789/2013), entre "asesoramiento recurrente y puntual". Mientras que el primero es aquel en el que el cliente tiene una relación continuada con su asesor que periódicamente le presenta recomendaciones de inversión, en el segundo la relación comercial con el cliente no se desarrolla habitualmente en el ámbito del asesoramiento sino que la entidad realiza una concreta recomendación de inversión.

En este sentido la Comisión Nacional de Mercado de Valores en su Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión, de 23 de diciembre de 2010, efectúa a este respecto dos consideraciones relevantes: "...entiende como recomendación personalizada la que se realice de forma implícita, lo que acontece cuando "un instrumento se presente como idóneo para un inversor y en la conversación se utilicen palabras relacionadas con sus circunstancias personales", debiendo tomarse para ello en consideración tanto la naturaleza de la información que se recaba como la forma de relacionarse con el inversor"...la comercialización masiva entre los clientes de banca comercial de productos complejos de riesgo medio o alto, realizada por los bancos en los últimos años, determina que pueda advertirse un asesoramiento en materia de inversión derivado de la utilización de un lenguaje con elementos de opinión y presentando la inversión como idónea para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero; máxime en aquellos supuestos en los que la red comercial tiene fijados determinados objetivos comerciales, o recibe incentivos que priman la venta de un determinado producto frente a otros.

Por contra, "no se considerará que constituya asesoramiento (...) las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial" ( artículo 63.1 g) LAMV).

Por tanto, cabe advertir asesoramiento en materia de inversión cuando exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos, ya sea explícita o implícita, siempre que la recomendación sea personalizada, es decir, que se presente como idónea al inversor basándose en sus circunstancias personales. En el presente caso, la empleada que normalmente trataba con el Sr. Remigio ha explicado que se trataba éste de un cliente habitual, que una vez a la semana o cada dos, acudía a la oficina para conocer y valorar con ella la evolución de sus productos. Por otra parte, reconoció que fue la entidad la que en el primer momento se puso en contacto con sus clientes para hacer un primer sondeo para ver quiénes podrían estar interesados con el producto y que fue ella misma quien se lo ofreció al Sr. Remigio no recordando, sin embargo, si le llamó por teléfono o aprovech  una de sus visitas a la oficina para explicársele. Audiencia Provincial de Barcelona sección 1 , n  418/2017 de





fecha 25 de julio de 2017.

**En este supuesto, el producto fue ofrecido a unos determinados y escasos clientes como declara el Sr. [REDACTED]**

**PRELIMINAR-2. Supuesto concreto, características del producto bancario, Valores Santander convertibles en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander y normativa aplicable.**

Como manteníamos en nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2016 " los Valores Santander se emitieron para financiar la operación de adquisición de la totalidad de las acciones del Banco ABN Amro por parte del Consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis por lo que la emisión quedó vinculada al éxito de esta operación. El emisor no fue directamente Banco Santander, sino " SANTANDER EMISORA 150 S.A., UNIPERSONAL ", de la que Banco Santander era único accionista. Si el consorcio en que participaba Banco Santander no adquiriera ABN Amro, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un interés del 7,30 %. En el caso de que se adquiriese ABN Amro (que es lo que sucedió), los valores emitidos se convertirían en "obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander ". Es decir, los "Valores Santander" se convertirían primero en obligaciones, devengando un interés anual de 7,30 % el primer año, y el Euribor más 2,75 % los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del Banco el 4 de octubre de 2012. Con anterioridad a esa fecha el inversor podía voluntariamente efectuar el canje los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011, a un valor de conversión determinado desde el inicio, en un 116 % de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles, es decir, por encima de su cotización en aquel momento. Mientras tanto, se trataba de valores subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluidas la deuda subordinada y las participaciones preferentes ".  
Se trataba de un producto que presentaba una elevada rentabilidad inicial y una rentabilidad posterior que era variable. Su riesgo, como decíamos en aquella anterior sentencia, " estaba en la bajada de valor de las acciones por las que debían cambiarse las obligaciones, amén de que el canje ya se estableció que se haría por el 116 % de su cotización inicial. Es decir, existía ya de entrada una pérdida del 16 % del capital invertido, aunque podía resultar compensado en el caso de que las acciones subieran su cotización antes del momento en que se produjera la conversión. El capital no estaba garantizado, y además, tampoco la remuneración estaba asegurada a partir de la adquisición de ABN Amro, porque Banco Santander podía decidir no pagar y abrir un periodo de canje voluntario, y se preveía que no habría remuneración en ningún caso si no existía beneficio distribible o lo impedía la normativa de recursos propios aplicables al Grupo Santander ".



Se trata, por tanto, de un instrumento financiero complejo, en el sentido técnico-jurídico de la Ley del Mercado de Valores, y sujeto a esta normativa (artículo 79 bis 8, en relación con el artículo 2.2 LMV).

La propia entidad admite esa calificación. En la propia orden de suscripción se hace mención al Real Decreto 629/1993 y se califica como Producto Amarillo, lo que indica, según la propia entidad (Nota de Valores presentada a la CMMV), que se trataba de un producto con nivel de riesgo y complejidad de "tipo medio". Audiencia Provincial de Barcelona sección 1ª, nº 418/2017 de fecha 25 de julio de 2017

Los Valores Santander son productos financieros de riesgo complejos, como lo revela su propia naturaleza, caracterizada por tratarse de un valor subordinado respecto del resto de obligaciones del emisor, incluidas deuda subordinada y participaciones preferentes, y con las garantías de la entidad subordinada asimismo al resto de obligaciones del banco emisor (la remuneración periódica podría desaparecer si no existiese beneficio distributable), transmitiéndose necesariamente en obligaciones convertibles en acciones Santander una vez producida la compra de ABN-AMRO, con el consiguiente riesgo de pérdida en caso de descenso de la cotización de esas acciones en la fecha de la conversión (en palabras del banco emisor, "valoración muy correlacionada con la de las acciones").

En cualquier caso, la propia entidad admite esa calificación del producto, no en vano en la propia orden de suscripción figura pterredactada una mención al Real Decreto 629/1993 y su calificación como Producto Amarillo indica, como explica el propio banco emisor en la Nota de Valores presentada a la CMMV, que se trataba de producto con nivel de riesgo y complejidad de "tipo medio".

En definitiva, los Valores Santander constituyen instrumentos financieros para cuya comercialización -actividad electivamente realizada por la aquí demandada- debe observarse la normativa protectora informativa prevista en la citada Ley del Mercado de Valores y en sus normas de desarrollo. Audiencia Provincial de Barcelona sección 16, nº 26/2017 de fecha 24 de enero de 2017

La inversión se llevó a cabo en fecha anterior a que fuera traspuesta al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE de 21 de abril, sobre mercados financieros (MiFID) que lo fue con la promulgación y publicación de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre. No obstante, no puede obviarse que con esta normativa no se ha hecho más que acentuar los principios y previsiones que ya preveía la Ley 24/1988 de 28 de julio del mercado de valores en una clara progresión en la protección del inversor.

En cualquier caso, el artículo 78 LMV 1988 ya imponía a las entidades de crédito respecto a las normas y códigos de conducta ministerialmente aprobadas y en el 79, se hacía hincapié al deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y asegurarse de que disponían de toda la información necesaria sobre los mismos





manteniéndolos siempre adecuadamente informados. Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo establecía unas concretas normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, entre las que se encontraba la de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de la que dispusieran cuando ésta pudiera ser relevante para que pudieran aquellos adoptar decisiones de inversión y de manera clara, correcta, precisa, suficiente y además entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, debiendo hacer hincapié en los concretos riesgos que cada operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Audiencia Provincial de Barcelona sección 1ª, nº 418/2017 de fecha 25 de julio de 2017

Al respecto debe significarse que la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID), si bien entró en vigor a partir del 1 de mayo de 2004, no exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el 1 de noviembre de 2007 (la Directiva 2006/31/CE estableció ese plazo).

España no cumplió escrupulosamente dicho plazo ya que la Ley 4/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, no entró en vigor hasta el 21 de diciembre de ese año.

En conclusión, los productos comercializados antes del 1 de noviembre de 2007 como es el caso- se rigen por el contenido primitivo del artículo 79 LMV así como por el Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Audiencia Provincial de Barcelona sección 16, nº 26/2017 de fecha 24 de enero de 2017

La Sentencia del TS de 17 de junio de 2016Jurisprudencia citada STS. Sala de lo Civil, Sección 1ª, 17-06-2016 (rec. 1974/2014), se pronuncia en un supuesto semejante al que ahora analizamos y considera que los bonos convertibles en acciones son un producto de inversión de carácter complejo. El análisis de los argumentos de la resolución del Alto Tribunal permite partir de que nos encontramos ante la contratación de un producto de inversión complejo, lo cual determina que las exigencias de información que debe cumplir la entidad financiera sean muy estrictas.

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



subordinado.

2.- Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual Legislación citada que se aplica Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, art. 79 (28/06/2014) art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores Legislación citada que se interpreta Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, art. 217 (13/11/2015) aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

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

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidada, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión. SAP, Civil Sección 2 del 24 de febrero de 2017 ( ROJ: SAP LE 1911/2017 - ECLI:ES:APLE:2017:191 )

Los defectos en el cumplimiento de sus obligaciones de información por la entidad de crédito prestadora de los referidos servicios de inversión relativos a participaciones preferentes, sobre todo en el aspecto relativo al carácter imparcial de tal información, y de advertencia sobre la inadecuación del valor al perfil del inversor (y, acaso, por las





infracciones en materia de prevención de las situaciones de conflicto de intereses a las que ahora se alude) **podría indicar la concurrencia de defecto del consentimiento de los suscriptores que tuvieron la condición legal de clientes minoristas, invalidante del mismo en función de la culpa in contrahendo de la entidad de crédito emisora y colocadora según las tales premisas, y del error invalidante del consentimiento del inversor ante la contratación de tal valor complejo, cuya estimación determinaría la aplicación del art. 1303 CC que exige la restitución recíproca de las cosas...**" AP, CIVIL sección 13 del 15 de diciembre de 2016 (ROJ: SAP M 16195/2016 - ECLI: ES: APM: 2016:16195)

**PRIMERO.- Error en el consentimiento. Condiciones del cliente bancario e información suministrada acorde con su perfil.**

■■■■■ suscribieron, en septiembre de 2007, un total de 14 títulos de Valores Santander por importe total de 70.000,00 €. Los Valores Santander tenían un valor nominal unitario de 5.000 € por título. La ■■■■■ suscribieron 5 títulos cada uno, y el Sr. ■■■■■ suscribió 4 títulos.

■■■■■ mantuvieron sus inversiones en Valores Santander hasta sus conversiones obligatorias en octubre de 2012, recibiendo los rendimientos generados por los mismos.

**Perfil.**

■■■■■ con 71 años de edad, le diagnosticaron "**enofamia congénita bilateral. Retraso mental profundo**" por lo que presenta una **disminución de su capacidad orgánica y funcional del 100%** y se encuentra **incapacitado de forma permanente desde el año 1.988**. Se halla ingresado en una residencia, ya que depende de un tercero para poder sobrevivir en la vida diaria por lo que necesitaba productos con plena disponibilidad y no productos especulativos en los que se podía perder la totalidad de los ahorros.

Por otro lado, su cuñado D. ■■■■■ con 75 años en la fecha de suscripción de los Valores Santander, se encontraba jubilado y tenía estudios de Ingeniería Industrial. No presentaba experiencia ni conocimientos en finanzas y no tenía ningún tipo de relación con los mercados financieros, es decir, no había ocupado cargo profesional alguno en el sector bancario donde hubiese



adquirido conocimientos sobre el instrumento analizado. Además, dada su avanzada edad en la fecha de suscripción, necesitaba productos líquidos puesto que podía necesitar sus ahorros en cualquier momento, ya que como posteriormente sucedió le detectaron *alzheimer*, presentando una discapacidad psíquica del 78%. Al necesitar el concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria, se encuentra ingresado en una residencia en la que incurre en un gasto aproximado de 2.000€ mensuales.

Y finalmente, Dña. ■■■■■ ama de casa, hermana de D. ■■■■■ y esposa de ■■■■■ es tutora de ambos y tampoco presentaba ningún tipo de relación con los mercados financieros, es decir, no había ocupado cargo profesional alguno en el sector bancario donde hubiese adquirido conocimientos sobre el instrumento analizado.

En todos los casos con nulos conocimientos financieros, de perfil minorista. También es apreciable que no se solicite ni tan siquiera el interrogatorio del actor, a los efectos de conocer su perfil, su experiencia y en fin, su capacidad de entendimiento en relación al producto contratado, artículo 217.3 de la L.E.C.

**No puede oponerse la contratación de otros productos como fuente de conocimiento de este concreto**, además se tratan de acciones y fondos de inversión, distintos de los valores de Santander, al ser productos simples sin derivado financiero implícito, al no advertir como se verá de sus riesgos, en tal sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona

"No es óbice a la falta de información el hecho de que el cliente hubiera contratado otros productos financieros, pues ello no supone que tuviera conocimientos suficientes sobre el que contrataba y que es objeto del presente procedimiento.

Y, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016 ( STS 102/2016 ), "**que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieron experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida.**" "...El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos", procede la estimación del recurso de apelación. Audiencia Provincial de Barcelona sección 17, nº 229/2017 de fecha 29 de marzo de 2017





La demandada ha alegado que los actores, por su experiencia como empresarios, y por los productos financieros que tenían contratados, acciones, Fondos de Inversión y Planes de Pensiones, -que eran productos de riesgo-, no tenían el perfil conservador que ellos alegan, y además que eran perfectamente capaces de comprender el producto que suscribieron y advertir que implicaba un riesgo.

En relación con dicha afirmación hemos de señalar que los actores eran en cualquier caso clientes minoristas con arreglo a la LMV (art. 78 bis), a los que por tanto no se les presume experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y el simple hecho de ser empresarios no los convierte en expertos en materia financiera." Audiencia Provincial de Barcelona sección 1, nº 36/2016 de fecha 1 de febrero de 2016.

Tampoco debe olvidarse la **condición de consumidora** de la parte actora, lo que supondría que una cláusula de renuncia a la acción de anulación del contrato de adquisición de las participaciones por preferentes podría ser considerada como abusiva con fundamento en los artículos 86.7 y 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en vigor entonces ya que lo es desde el 1 de diciembre de 2007.

En este sentido, esto es, no considerarla experta o calificada para la adquisición de un producto semejante se pronuncia la jurisprudencia menor y la doctrina:

SAP Victoria (secc. 1ª) 22-6-2011 [Roj: SAP VI 733/2011], clientes pertenecientes al mundo de la agricultura y sin conocimientos financieros), la conclusión acostumbra a ser la anulación de la adquisición. V. también PRATS ALBENTOSA: "Participaciones preferentes...". p. 1, señalando que "ni que decir tiene que los ciudadanos, que han acabado siendo titulares de las referidas participaciones preferentes, carecían y carecen de la mínima formación, para poder comprender la trascendencia de estos «productos», ni para poder valorar ni la complejísima información que se les podía ofrecer, ni las consecuencias y efectos jurídicos ni económicas de los mismos".

Por lo general, el hecho de que el cliente hubiera adquirido valores previamente no comporta que contase con dicha "experiencia suficiente".

V. así, por ejemplo, SAP Pontevedra (secc. 6ª) 25-4-2012 [Roj: SAP PO 1155/2012], relativo a una señora de edad avanzada que con anterioridad sólo



había invertido en un fondo de inversión de renta fija garantizado. SAP Madrid (secc. 10ª) 26-6-2012 [Roj: SAP M 8913/2012], afirmando que el haber adquirido con anterioridad otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa "no supone que tenga un manejo y conocimientos suficientes del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que eso conllevaba" teniendo presente, además, lo oscuro que era el contrato; SAP Gijón (secc. 7ª) 26-9-2011 [Roj: SAP O 1209/2011]: "el hecho de que hubiera invertido en anteriores ocasiones en participaciones preferentes, no significa necesariamente que conociese su naturaleza, su comportamiento en los mercados y sus riesgos, ni la convertiría necesariamente en una inversora experta, sino, a lo sumo, en una inversora confiada, seguramente por los resultados positivos que en otras ocasiones le habían proporcionado sus inversiones en participaciones preferentes" pero, si sufrió error en la formación de su consentimiento, "fue en gran parte debido a desidia propia y exceso de confianza y fue, en todo caso, un error veniable

SAP Castellón (secc. 3ª) 26-10-2012 [Roj: SAP CS 802/2012], reconociendo que el cliente "incurrió en error invalidante del negocio jurídico, al desconocer el rendimiento del producto, el plazo de duración y la posibilidad de rescate, cuyas condiciones motivaron la celebración del contrato, al creer erróneamente de que se trataba de una operación segura, con un rendimiento fijo y rescatable. Por tanto, se trata de un error esencial y además excusable por cuanto no pudo evitarse por la demandante".

Falta de información al consumidor que produce un error en el consentimiento. En este sentido es indiferente la normativa que se aplique según la fecha del contrato ya que del examen de todas ellas se concluye que la información debe ser clara, extensa y con suficiente comprensión para el cliente para evitar que su consentimiento sea otro o distinto del que confiaba en la compra d dicho producto bancario. Y es además una carga de la prueba de la entidad bancaria, tanto por tratarse en caso contrario de constatar por el cliente un hecho negativo, lo que supondría una prueba diabólica, como por su facilidad probatoria a favor de la entidad bancaria, artículo 217.7 de la LEC, esto es, el demostrar que este producto era adecuado para ese tipo cliente y que comprendería sus riesgos. - Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 7 Abr. 2010, rec. 50/2010, Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de 26 abril 2006, SAP de Santa Cruz de





Tenerife, Civil sección 4 del 21 de Septiembre del 2011 (ROJ: SAP TF 1611/2011) Recurso: 291/2011 | Ponente: Pablo José Moscoso Torres.

Y como se decía la **normativa aplicable a los efectos de verificar la información** ofrecida por la entidad bancaria, ha sufrido una evolución tal que no permite concluir que queda desprotegido el cliente en ningún momento legislativo a los efectos de constatar una información sobre el contrato bancario o producto de inversión, a saber : Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, artículo 48.2 y su desarrollo, Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la Comisión del Mercado de Valores incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C ). El R.D. 629/1.993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, y por la Ley 4/72.007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores. R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, Directiva MIFID y Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre las medidas de reforma económica.

Consecuentemente, hay que entender que la **obligación de informar de forma clara, veraz y completa**, forma parte del objeto del contrato, ostentando la condición de acreedora la persona que recibe el servicio y la de deudora la entidad financiera que lo presta. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Civil sección 4 del 21 de Septiembre del 2011 (ROJ: SAP TF 1611/2011) Recurso: 291/2011 | Ponente: PABLO JOSE MOSCOSO TORRES.

Pero es que además de dicha información relevante también debe concluirse que sólo en los supuestos en los que la relación es de igual a igual, es decir, cuando se contrate por la entidad bancaria con entidades de inversión financiera o que se dediquen al tráfico habitual en el mercado secundario, debe ser otorgada con la misma calidad cualquiera que sea la condición del cliente: **consumidor, minorista, Pymes o entidades jurídicas**, véase: SAP, Civil



sección 11 del 16 de Diciembre del 2010 (ROJ: SAP B 10107/2010). Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 7 Abr. 2010, rec. 50/201, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Civil sección 4 del 21 de Septiembre del 2011 (ROJ: SAP TF 1611/2011), Recurso: 291/2011, incluso empresas contratantes con un perfil de alto riesgo y experiencia en temas de inversión o sociedades con experiencia en la contratación de derivados y saben que éstos tienen un valor de mercado, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid SAP, Civil sección 25 del 20 de Octubre del 2011 (ROJ: SAP M 15087/2011) Recurso: 814/2010 | Ponente: MARIA CRISTINA DOMENECH GARRETI.

**Además deben añadirse las siguientes circunstancias y datos relevantes.**

1. Como declara la perita de la actora Sra. García, el Banco Santander diluye el precio de la acción por un 65%, por las ampliaciones de capital, hasta 18, son decisiones que toma el banco, sobre su capital social, pero ajustó el precio de la conversión al 19%, en 8 de las 18 ocasiones.

***“El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede clara que las acciones que va a recibir no tienen por que tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos , sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión. Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarían las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.*”**

***Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un título resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas.*** Audiencia Provincial de Barcelona sección 1ª, nº 229/2017 de fecha 29 de marzo de 2017





2. El lestitgo [REDACTED] no recorda la firma de anexos ni la información verbal concreta a este supuesto.

**La advertencia con carácter genérico en un típico informativo de los riesgos no pasa de una mera declaración genérica de advertencia:** SAP, Civil sección 9 del 13 de julio de 2016 (ROJ: SAP V 2757/2016 - ECLI:ES:APV:2016:2757) El Anexo (constitutivo de las dos últimas hojas llevando firma la última) describe en su párrafo final los riesgos y de su atenta lectura se desprende cómo funciona el producto de inversión, tampoco se expresa con la claridad suficiente que el capital invertido puede ser perdido totalmente. En todo caso, como ha expuesto la sentencia del Tribunal Supremo nº 21/16 de 3/2/2016 enjuiciando un producto estructurado similar al actual con idéntica demandada " No basta con que en el contrato se haga mención de que «el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido», pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios."

Se ampara el Banco en el segundo párrafo de tal estipulación tercera que dice "El titular manifiesta que ha recibido las oportunas advertencias por parte del banco sobre los riesgos de este producto y en concreto sobre la posibilidad de que la rentabilidad del mismo sea negativa". **Con independencia de la falta de eficacia de tal cláusula, predispuesta y pre-redactada, es que el riesgo concreto advertido es el de la rentabilidad negativa no el de la pérdida del capital.** La posición del alto Tribunal sobre esta clase de pacto predispuesto ha sido fijada en sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 28 de abril, 265/2015, de 22 de abril, 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras, aleccionando con la ineficacia de las menciones predispuestas que consistan 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.** Explicita el Tribunal, "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 disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo. 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."

**Es más sobre este típico en concreto ya se ha pronunciado la doctrina judicial de Barcelona:**



"El producto bancario del que se trata en el caso que resolvemos se titula " VALORES SANTANDER " " PRODUCTO AMARILLO".

En qué consiste dicho producto, su naturaleza, características y riesgos, no consta en la orden de suscripción acompañada como documento nº 5 con la demanda.

Tampoco consta en el Típico de Condiciones de Emisión de los Valores Santander pues en la " Descripción de la operación " se dice que " La emisión de los Valores se realiza en el marco de la oferta pública de adquisición (la "OPA") sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amor formulada por Banco Santander , Royal Bank of Scotlan y Fortis (conjuntamente, el "Consortio" ), así como que " La Junta General de accionistas de OPA sobre ABN Amor. El importe inicialmente previsto para este aumento era de 4.000 millones de euros, si bien el importe definitivo se determinará en función, entre otras cosas, de los importes finalmente obtenidos por las diferentes Vías de financiación descritas en la Nota de Valores "

La Nota de Valores , acompañada como Documento nº 3-B con la contestación a la demanda, consta de 92 páginas, no consta que se le entregara al codemandante...

En el Típico, en el apartado correspondiente a " Descripción de la emisión " se dice:

" Valor nominal: &#8364; 5.000. Importe total de la Emisión: &#8364; 7.000.000.000. Con garantía de Banco Santander .

Emisión sin ranting.

Efectos sobre la Emisión de la OPA sobre ABN Amor:

(i) Si no se adquiere ABN Amor, amortización el 4 de octubre de 2008 con reembolso del valor nominal (&#8364; 5.000) y remuneración a un 7,30% nominal anual (7,50% TAIE).

(ii) Si se adquiere ABN Amor, los Valores serán necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles. Dichas obligaciones serán necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión. No hay reembolso del nominal en efectivo si se adquiere ABN Amor.

El canje de los Valores y la conversión de las obligaciones convertibles son simultáneos: los inversores reciben acciones Santander cuando ocurre el canje.

Canje voluntario el 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011 y obligatorio el 4/10/2012.

Otros supuestos de canje: (i) voluntario, si pudiendo pagar remuneración, Santander decide no pagarla; y (ii) obligatorio: concurso o liquidación del emisor o Santander y supuestos similares.

Para la conversión, la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento.

Remuneración no asegurada desde la adquisición de ABN Amor: (i) Santander puede decidir no pagar y abrir periodo de canje voluntario; y (ii) no habrá remuneración en ningún caso si no existe Beneficio Distribuible o lo impide la normativa de recursos propios aplicable al Grupo Santander .

Tipo de interés nominal anual: 7,30% hasta el 4/10/2008. Euribor+2,75% desde





entonces". Esto es, se trata de un supuesto en el que se le ofrece a los clientes, potenciales inversores, un producto que, si triunfa la OPA, esto es, si se adquiere ABN Amro, los valores serán necesariamente convertibles por obligaciones necesariamente convertibles que, a su vez, serán necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva creación, sin reembolso del nominal en efectivo.

Se da, pues, un supuesto similar al contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 2016 ( STS 411/2016 ) en que se trata de un caso de bonos convertibles en acciones.

Dice dicha STS 411/2016 :  
" 1.- Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor, y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado."

Dice también la referenciada STS 411/2016 :  
"3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual, y a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido, es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión."

Esto es lo que ocurre en el caso de autos, que el Banco se recapitaliza (obtiene un aumento de capital para financiar parcialmente la OPA), y si se adquiere ABN Amro, que es lo que ocurrió según consta en el doc. nº 15 aportado con la contestación a la demanda (folio 550) en que Banco Santander informa a los clientes " que se ha completado con éxito la Opa sobre el Banco ABN - AMRO ", el inversor se convierte en accionista del banco, con las consecuencias que señala la referenciada Sentencia del Tribunal Supremo, sin que en el tríptico, s.e.u.o en su lectura, se señale la posibilidad de pérdida de la inversión." Audiencia Provincial de Barcelona sección 17, nº 229/2017 de fecha 29 de marzo de 2017.



"En ningún lugar se dice que había riesgo de pérdida del capital, y cuando se dice que es posible que el emisor no pague ninguna remuneración, no se hace referencia a esa posibilidad, lo que podía hacer pensar que no existía

Por último, incluso la mención que se hace en el tan repetido Tríptico, "Los Valores cuentan con la garantía solidaria e irrevocable de Banco Santander ", en referencia a la garantía hasta y después de la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, toda vez que el emisor no era Banco Santander ", podía inducir a confusión a un cliente inexperto haciéndole pensar que el Banco garantizaba el capital invertido ". Audiencia Provincial de Barcelona sección 1ª, nº 418/2017 de fecha 25 de julio de 2017 y Audiencia Provincial de Barcelona sección 1, nº 36/2016 de fecha 1 de febrero de 2016

En estas circunstancias observamos la correlación perfil e información suministrada.

Pues bien, si dicho producto no es aconsejable conforme al perfil de los clientes-consumidores bancarios, teniendo en cuenta que al tratarse de un consumidor merece una mayor protección, no es menos cierto que en estas condiciones desconocían los [REDACTED] lo que estaba contratando o si aquello era una inversión segura o si se trataba de una inversión relacionada con un valor subyacente de la propia entidad, es decir, los [REDACTED] creían erróneamente que estaba contratando un producto que sí bien le producía un rendimiento satisfactorio en modo alguno percibía que no pudiera obtener su liquidez o que pudiera perder parte del capital invertido, ya que en estas condiciones, si así se hubiera plasmado o informado, difícilmente hubiera respondido al perfil económico de los [REDACTED] ya que para un inversor conservador, minorista, no es razonable que invierta en un producto complejo de alto riesgo, especialmente desde una perspectiva de derecho del consumidor a la información clara y en concreto, a tenor de las Directivas 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, 1998/27/CE, de 19 mayo 1998, 2007/64 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, 2008/48 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, y 2009/22 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 y de su correspondientes trasposiciones internas.





Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, Sentencia de 13 Jun. 2012, rec. 162/2012. *La tutela que se proporciona al consumidor se proyecta necesariamente sobre la necesidad de una información adecuada y, sobre todo, por la imposición directa del legislador de parámetros concretos de conducta en los contratos, configurando el incumplimiento de esos parámetros lo que se ha venido en denominar una "lista negra" de cláusulas que directamente el legislador califica como abusivas y cuyo desconocimiento conlleva una inmediata nulidad, parcial o total del contrato, y un régimen procesal privilegiado, al ser apreciables de oficio. Y que se perfilan sobre la base de que se genere "un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato" (art. 82.1 T.R. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LA LEY 11922/2007)).*

**SEGUNDO.- Consecuencia de la acción ejercitada.** Nulidad del contrato por error en el consentimiento conforme al asesoramiento al consumidor de un valor complejo y, consiguientemente, conforme a lo antedicho, y por aplicación de la doctrina de la proporcación en la ineficacia de los contratos también de los subsiguientes que conllevaron las distintas operaciones, es decir del canje de las obligaciones por acciones.

Error sobre las condiciones esenciales que anula el contrato como determina la sentencia del TS de 26-6-2000 y que debe: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS 14 y 18 febrero 1994 [RJ 1994, 1469 ], y 11 mayo 1998 [RJ 1998, 3711]).". Hay error, vicio... cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta – sentencias 11/4/1985, de 18 de febrero, 29/5/1994, de 29 de marzo, 7/6/1996, de 28 de septiembre, 4/34/1997, de 21 de mayo, 6/95/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.



- "Y es que, como ya mantenía la STS de 17 de diciembre de 2008, siendo cierto que no siempre es equiparable en términos absolutos la falta de correcta información y el error vicio, también lo es que " en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba " ( SSTS 21 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013 ). Se trata del que se conoce como "error provocado" al que se refiere el art. 4.103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECC), que la jurisprudencia utiliza como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en el Código Civil " .

Pues bien, como se ha apuntado, en el supuesto que se examina, aparece como suficientemente seguro, que la falta de una correcta información precontractual provocó en el demandante un error sobre el producto (objeto del contrato), entendido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida ( STS 25 de mayo de 1963 ), que invalida el consentimiento ( artículo 1266CC ) y da lugar a la nulidad del negocio jurídico.

En definitiva, como razona el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 2014, antes citada, " la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente " .

Finalmente, y en relación a la **excusabilidad** del error ha mantenido la jurisprudencia que , debido a los elevados estándares de protección del inversor, vigentes incluso durante la normativa pre-MiFID , no basta cualquier formación o experiencia previa para afirmar aquella inexcusabilidad, sino que ha de ser específica del tipo de producto de que se trata. " Audiencia Provincial de Barcelona sección 1ª, nº 418/2017 de fecha 25 de julio de 2017

**La consecuencia:**

"Esto es, la parte demandada deberá devolver a la parte actora la cantidad de 160.000 euros ; más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la orden de compra, 25-09-2007, y la parte actora deberá devolver a BANCO SAMGANDER, S.A. los títulos litigiosos, así como las cantidades perdidas como rendimientos que incluyó la parte reventa fiscalmente, así como el interés legal generado desde su cobro. Audiencia Provincial de Barcelona sección 1ª, nº 229/2017 de fecha 29 de marzo de 2017

- Al tratarse de un vicio legal, y no contractual, el Tribunal deberá así declarar, amparado incluso por el principio de iura novit curia . Como ha mantenido el Tribunal Supremo en alguna resolución (por todas STS 9 de noviembre de 1999 ) se trata de una **consecuencia ineludible que ni tan siquiera sería necesario reflejar en la parte dispositiva de la sentencia**.

Audiencia Provincial de Barcelona sección 1ª, nº 418/2017 de fecha 25 de





Julio de 2017

Es por lo que, la pretensión de la actora contenida en el petitum de la demanda se ajusta a las consecuencias de la anulabilidad por error en el consentimiento, siendo los intereses los habituales.

**TERCERO.-** En relación a las costas, se impondrán a la demandada, conforme al criterio del vencimiento, ex artículo 394.1 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED]  
[REDACTED] los dos últimos representados por su tutor [REDACTED]  
[REDACTED] contra BANCO SANTANDER DEBO DECLARAR  
Y DECLARO la nulidad de las órdenes de suscripción de Valores Santander, todas ellas con Código Valor [REDACTED] por importe total de SETENTA MIL EUROS (70.000 €) suscrito entre (1) [REDACTED] el día 27 de septiembre de 2007 por importe de 25.000 euros, (2) [REDACTED] el día 27 de septiembre de 2007 por importe de 20.000 euros, y (3) D. [REDACTED] por importe de 25.000 euros, y la demandada, condenando a la demandada a estar y pasar por esa declaración y, además, por lo que se condena a la parte demandada a la restitución del capital invertido de setenta mil euros (70.000 €) en total a [REDACTED] (25.000) y D. [REDACTED] (25.000), más los intereses legales desde la fecha de suscripción de los Valores Santander, hasta el día de consignación o liquidación, debiendo los actores restituir los títulos de acciones correspondientes a la demandada y los intereses que se hayan recibido incrementados en el interés legal y con imposición de las costas a la



demandada.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la presente notificación (art. 458.1 LEC).

De conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre "... todo el que pretenda interponer recurso contra sentencia o auto que pongan fin al proceso o impidan su continuación, consignará como DEPÓSITO 50 EUR si se trata de recurso de apelación...". De conformidad a la Instrucción 8/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, la parte ingresante deberá especificar en el campo concepto del documento Resguardo de Ingreso que se trata de un "Recurso Código 02 Civil-Apelación ". Si el Ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

Así lo acuerda manda y firma, Don Francisco González de Audicana Zorraquino Magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona.

**DILIGENCIA.-** La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.

