

Roj: SAP PO 2651/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:2651
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Vigo
Sección: 6
Nº de Recurso: 818/2014
Nº de Resolución: 587/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JAIME CARRERA IBARZABAL
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00587/2015 AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA No1250
C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0010381

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000818 /2014

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000612 /2013

Recurrente: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador: JESUS ANTONIO GONZALEZ- PUELLES CASAL
Abogado: DAVID FERNANDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA
Recurrido: Rebeca, Visitacion
Procurador: SUSANA ARCA VELOSO, SUSANA ARCA VELOSO
Abogado: FERNANDO MOSQUERA VIEITEZ, FERNANDO MOSQUERA VIEITEZ

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; DOÑA MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y DON EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 7

En Vigo, a siete de diciembre de dos mil quince

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000612 /2013, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de VIGO, a los que ha correspondido el

Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000818 /2014, en los que aparece como parte apelante, "BANCO **SANTANDER**,S.A.", representado por el Procurador de los tribunales, DON JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL, asistido por el Letrado DON DAVID FERNANDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, y como parte apelada, DOÑA Rebeca Y DOÑA Visitacion, representado por el Procurador de los tribunales, DOÑA SUSANA ARCA VELOSO, asistido por el Letrado DON FERNANDO MOSQUERA VIEITEZ.

Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Vigo, con fecha 15-09-2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

*"1) Que estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Arca Veloso, en nombre y representación de Rebeca y Visitacion contra la entidad BANCO **SANTANDER** S.A. y declaro:*

2) La nulidad de los contratos de fecha 28 de noviembre de 2006, denominado SOS CUETARA por un importe de 150.000 euros; 8 de mayo de 2007 denominado SEGURO INVERSIÓN DÓLAR EUROSTOXX 150 ANIVERSARIO por un importe de 6.000 euros, y de 24 de septiembre de 2007, denominado VALORES SANTANDER por un importe de 125.000 euros.

*3) La obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones efectuadas, de modo que la parte demandada debe entregar a los demandantes el principal invertido (281.000 euros) más el interés legal devengado desde el instante en que se materializaron las correspondientes órdenes de compra. Del mismo modo, los actores deberán reintegrar la totalidad de los importes abonados durante el tiempo de vigencia de las obligaciones subordinadas que asciende a 55.895,13 euros. También los actores deberán reintegrar a la parte demandada las acciones que recibieron de Banco **Santander** S.A.*

*4) La condena de Banco **Santander** S.A. al pago de las costas causadas."*

Con fecha 15-09-2014 se dictó auto aclaratorio, cuya parte dispositiva dice:

"Que debo RECTIFICAR la sentencia dictada en autos de juicio ordinario nº 612/13, de modo que el último párrafo del fundamento de derecho tercero quedará redactado como sigue:

*"Por todo ello, es obligación de la parte demandada la devolución del principal invertido (150.000 euros en participaciones preferentes SOS CUETARA, 125.000 euros en VALORES **SANTANDER** y 6.000 euros en el SEGURO INVERSIÓN DÓLAR EUROSTOXX 150 ANIVERSARIO) en los productos contratados y los frutos que el capital ha generado, que se materializan en el interés legal devengado desde el instante en que se materializaron las correspondientes órdenes de compra como medio de lograr un justo reintegro patrimonial. Del mismo modo, los actores deberán reintegrar la totalidad de los intereses brutos percibidos durante el tiempo de vigencia de las participaciones preferentes que ascienden 25.899,33 euros (documento nº 31 de la contestación a la demanda) y a 29.995,8 euros por los Valores **Santander** (documento nº 49 de la contestación a la demanda) más la cantidad de 8.465,1 euros por los restantes beneficios de los Valores **Santander** (documentos nº 49 y 81 de la contestación a la demanda). También los actores deberán reintegrar a la parte demandada las acciones que recibieron de Banco **Santander** S.A."*

Así mismo el punto 3) del fallo tendrá ahora la siguiente redacción:

"3) La obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones efectuadas, de modo que la parte demandada debe entregar a los demandantes el principal invertido (281.000 euros) más el interés legal devengado desde el instante en que se materializaron las correspondientes órdenes de compra. Del mismo modo, los actores deberán reintegrar la totalidad de los importes abonados durante el tiempo de vigencia de las participaciones preferentes y Valores **Santander** que asciende a 64.360,23 euros. También los actores deberán reintegrar a la parte demandada las acciones que recibieron de Banco **Santander S.A.**"

SEGUNDO. - Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de don Jesús González-Puelles Casal, se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del correspondiente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 3-12-2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Falta de legitimación pasiva.*

A) "Participaciones Preferentes SOS Cuétara"

Alega la parte recurrente que las "Participaciones Preferentes SOS Cuétara" son un activo o valor emitido por la compañía "SOS Cuétara Preferentes S. A. U.", que cuenta con la garantía de tal sociedad y que la intervención del "Banco de **Santander S. A.**" se limitó a la intermediación en la comercialización de dicho producto, por lo que respecto al mismo carecería de legitimación pasiva esta demandada.

Conviene precisar que lo que se solicita el suplico de la demanda es la declaración de nulidad de la orden de compra (es decir el contrato de adquisición de las participaciones de 28 de noviembre de 2006) y que el art. 1257 del Código Civil acoge el principio de la relatividad de los contratos (*res inter alios acta, neque prodest*), según el que cada contrato constriñe exclusivamente a las partes contratantes y a sus herederos. Siendo así que lo que verdaderamente se discute en la litis no es la nulidad de la emisión de las participaciones, sino que lo controvertido es la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes. Y, en relación con dicha convención, hay que precisar que es la entidad "**Santander** Central Hispano S. A." la que realiza la labor de comercialización del producto, de suerte que las gestiones de captación del cliente se realizan a través de las oficinas de dicha entidad (ya con anterioridad se había firmado un contrato de depósito y administración de valores); que la adquisición de los valores se concierta con "**Santander** Central Hispano S. A.", que es la que concluye la contratación poniendo su nombre y membrete encabezando la hoja del contrato; que el importe nominal invertido es entregado a esta entidad; que es esta la que abona a los inversores los correspondientes intereses o rendimientos de los valores y, en fin, que en ningún momento, anterior o posterior al contrato, ni desde luego, en el momento de su perfección, aparece en forma alguna una entidad diferente, siendo así que "**Santander** Central Hispano S. A." actúa en el contrato en nombre propio, sin manifestar su supuesta condición de agente o intermediario de la sociedad emisora. Consiguientemente, correspondería a la parte recurrente, que alega que su intervención se limitó a la de mero comisionista o intermediario, acreditar que puso en conocimiento del cliente tal extremo, ya que nos encontramos ante una excepción opuesta por la demandada frente a la conceptualización de la misma como parte en el contrato que realiza la parte actora con base en el documento firmado por ambas.

Con tales antecedentes y habida cuenta de la acción ejercitada, claro es que la entidad "**Santander** Central Hispano S. A." (en la actualidad "Banco **Santander** S. A.") ha sido debidamente llamada al litigio, en cuanto parte legítima como titular de la relación jurídica u objeto litigioso (art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), para soportar la acción de nulidad o anulación del contrato por error vicio del consentimiento.

B) "Seguro Inversión Dólar Eurostoxx 150 Aniversario".

Idéntica intervención de simple mediación en un contrato de seguro, invoca la entidad demandada en relación con la suscripción del "Sidex 150".

Menos dudas, si cabe, presenta este supuesto. En el contrato de seguro, además del nombre y membrete de la entidad en la hoja de encabezamiento, aparece con toda claridad que el contrato lo suscribe "Banco **Santander** Central Hispano S. A." (actualmente y a partir de 1 de agosto de 2007, "Banco de **Santander** S. A.", tras la modificación de los estatutos sociales). En relación con un supuesto similar, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015, precisa: "En la propia documentación aportada por Banco **Santander** con su contestación a la demanda (en concreto, la presentación del producto "Unit Linked Multiestrategia" aportada como documento núm. 11) se hacía aparecer dicho producto como una fórmula para invertir en Fondos de Gestión Alternativa de Optimal, siendo Optimal Investment Services una « compañía establecida en Suiza y dedicada a la gestión de inversiones alternativas que pertenece en un 100% al Grupo **Santander**». Se informaba de que «la contratación se realiza a través de una póliza de seguro específica», para lo cual se habría celebrado un acuerdo de colaboración entre Banco **Santander** y Cardif Seguros, y la prima se invertiría íntegramente mediante una nota estructurada en una cesta de fondos de gestión alternativa Optimal. El contenido de dicho documento, que fue utilizado para ofertar el producto a la demandante en una reunión que varios empleados del banco mantuvieron con ella, muestra que Banco **Santander** ofertó a la demandante un producto de inversión en el que el dinero de la cliente se invertía en unos fondos de inversión de una compañía del propio Banco **Santander** (más exactamente, de su grupo empresarial). Y que eran razones fiscales las que habían llevado a Banco **Santander** a celebrar un acuerdo con una aseguradora para que la inversión se articulara a través de un seguro de vida "unit linked". En estas circunstancias, hay que dar la razón a la recurrente cuando afirma que la mediación de Banco **Santander** era más formal que real. Se trataba de un producto diseñado por Banco **Santander**, comercializado en su red de oficinas por los empleados de Banco **Santander**, promocionado mediante una presentación con el membrete de Banco **Santander** (más exactamente, "Banca Privada **Santander** Central Hispano" y su logotipo) y documentado en impresos con el mismo membrete de Banco **Santander**, en el que la inversión iba finalmente a una empresa de su grupo, y de cuya evolución informaba periódicamente Banco **Santander** a su cliente en los estadillos relativos a la cartera de inversiones financieras de esta. En este esquema negocial, la intervención accesoria no era, como se pretende por la recurrida, la de Banco **Santander** como mediador de seguros, sino la de Cardif como compañía de seguros a través de la cual, mediante un seguro de vida "unit linked", el Banco **Santander** comercializaba sus fondos de inversión mediante un producto que suponía un mejor trato fiscal para el cliente. La consecuencia de lo expuesto es que Banco **Santander** está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardif. De lo contrario, se estaría permitiendo a Banco **Santander** prevalerse de una estructura negocial artificial y meramente formal, que encubre una inversión en fondos emitidos por empresas de su grupo, para dificultar la satisfacción de los legítimos derechos de sus clientes". Evidentemente, tanto más lógica resulta la aplicación de tal doctrina al caso de litis, en el que la entidad demandada refiere que la solicitud de seguro se hace para una sociedad denominada "**Santander** Central Hispano S. A. Sociedad de Agencia de Seguros núm. B0049 de **Santander** Seguros y Reaseguros Compañía Aseguradora S. A.", es decir una compañía del propio grupo empresarial.

SEGUNDO. - Nulidad de los contratos.

La sentencia de instancia concluye que ha quedado plenamente acreditado que las demandantes no prestaron consentimiento para la suscripción del "Seguro Inversión Dólar Eurostoxx 150 Aniversario", ni D.ª Rebeca lo dio para la conclusión de los contratos de "Participaciones Preferentes SOS Cuétara" y "Valores Convertibles Banco **Santander**", por lo que decreta la nulidad de los mismos por ausencia del requisito del consentimiento.

Aún haciendo abstracción de tal criterio, la declaración de nulidad se impone igualmente, atendiendo a la falta de información adecuada sobre las características de los productos contratados y la naturaleza exacta de los riesgos asociados a tales productos. Y es que, la demanda solicitaba también la nulidad por incumplimiento, por parte de la entidad ahora demandada, de las obligaciones que, con carácter previo a la contratación del producto, le correspondían respecto a la información, lo que determinaba la existencia de vicio en la prestación del consentimiento derivado de la ausencia o insuficiencia de información.

A) "*Participaciones Preferentes SOS Cuétara*".

1. La demandantes D.ª Rebeca y D.ª Visitación, solicitan en su demanda, la nulidad del contrato suscrito por D. Jesús Manuel (hoy fallecido) con la entidad "**Santander** Central Hispano S. A." (en la actualidad "**Banco Santander** S. A.") en fecha 28 de noviembre de 2006 y que tenía por objeto la suscripción de valores denominados "Participaciones Preferentes SOS Cuétara" por un importe nominal de 150.000 euros.

Habrà de analizarse, por tanto y en primer término, el tipo de información prenegocial que se ofrece por la entidad al firmante del contrato, sobre el producto a contratar, de suerte que, naturalmente y con respecto a la inexistencia de error esencial e inexcusable, el elemento de controversia que se introduce se circunscribe a determinar si el esposo y padre (ahora fallecido) de las actoras fue adecuadamente informado del contenido del contrato con carácter previo a su suscripción y, en su caso, si dicha falta de información debía determinar la nulidad del contrato. Y es que como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2013: "Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características, aunque el emisor fuera un banco extranjero, resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error". El planteamiento de tal cuestión hace conveniente la aportación de unas precisiones previas.

a) Respecto de su naturaleza y características, las participaciones preferentes vienen reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, que en su art. 7 señala que los recursos propios de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito comprenden, entre otros, las participaciones preferentes.

La Disposición Adicional Segunda de dicha Ley, enumera los requisitos que deberán cumplir las participaciones preferentes, entre los que destacan:

- Fijar la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes.
- No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.
- No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

- Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.

- Cotizar en mercados secundarios organizados.

- En los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante.

De acuerdo con ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2014 señala: "Las participaciones preferentes son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios. El reseñado carácter perpetuo no impide que la entidad emisora se pueda reservar el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor. De este modo, las participaciones preferentes, que cuando son emitidas por sociedades extranjeras, como es nuestro caso, suelen denominarse "acciones preferentes", vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda. En el momento en que se cursaron las órdenes de compra de acciones preferentes cuya nulidad es postulada por las demandantes, en los años 2006 y 2007, se hallaban reguladas en el art. 7 y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los instrumentos financieros, El art. 7.1 de la reseñada Ley 13/1985 incluye entre la enumeración de los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidados de entidades de crédito, "las participaciones preferentes". Y la disposición adicional segunda de esta misma Ley regula los requisitos que deben cumplir las participaciones preferentes para que se las pueda considerar recursos propios. Entre ellos destaca, por una parte los que se refieren a quién las puede emitir y bajo qué condiciones (fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones, aunque el pago estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles); en el momento de emisión su importe nominal en circulación no puede ser superior al 30% de los recursos propios; la oferta pública de venta debe contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión. Otros de los requisitos, junto con el reseñado del derecho a percibir una remuneración fija condicionada a la obtención de beneficios, hacen referencia directamente al producto, y lo configuran: no otorgan a su tenedor derechos políticos ni derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones; tienen carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año de la fecha de su desembolso, previa autorización del Banco de España; deben cotizar en mercados secundarios organizados; en caso de liquidación o disolución de la entidad emisora, tan sólo darán derecho a la devolución del valor nominal junto con la remuneración devengada y pendiente de ser pagada. En atención a lo que es objeto del presente recurso, debemos destacar que la participación preferente no atribuye derecho a la restitución del valor nominal, por lo que puede hablarse de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento, ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad emisora debe estar invertido en su totalidad y permanentemente en la entidad o en su dominante, de manera que quede directamente afecto a los riesgos y la situación financiera de la entidad. Propiamente, la participación preferente no atribuye un derecho de crédito contra la entidad emisora para la restitución del valor nominal invertido. De tal forma que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotiza".

b) Como igualmente precisábamos en anteriores resoluciones, se trata de negocios jurídicos que vienen calificados por su complejidad y que en el momento en que se cursó la orden de compra, en el año 2006, se hallaban reguladas en el art. 7 y la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los instrumentos financieros, con la redacción dada respectivamente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero y por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

c) El Sr. Jesús Manuel, a los efectos prevenidos en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe calificarse como cliente minorista, en la medida en que, ni se ha acreditado que se encuentre entre aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, ni tampoco queda incluido en las diversas categorías a las que el precepto atribuye la condición de clientes profesionales (entidades financieras, Estados y administraciones regionales, empresarios que individualmente reúnan las condiciones prevenidas en el mismo precepto o inversores institucionales) y sin que asimismo se trate de clientes que hubieren solicitado con carácter previo la condición de profesional o hubieren renunciado a su tratamiento de clientes minoristas.

d) Citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2014: "Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "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 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 de la 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 una 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. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un *swap*, realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

La entidad "Banco **Santander** Central Hispano S. A." actuó prestando un servicio de asesoramiento financiero, con arreglo a lo dispuesto en el art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE y 52 de la Directiva 2006/73/CE y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, en la medida en que se trata de un producto que fue recomendado y ofrecido por un comercial de la propia entidad de crédito y de forma personalizada al cliente.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014, expone: "Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 enero 2014, dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de *swap* por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente; en

ella se examinó el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el *swap* y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato.

Hecha la anterior precisión se procede a examinar las dos cuestiones planteadas en el motivo, relativas a la delimitación de los test de evaluación y a la incidencia de la falta de información en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Según se declaró en la sentencia de 20 enero 2014 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la sentencia, también del Pleno, de 18 de abril de 2013 , en la que - aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID - se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, **antes de la perfección del contrato**, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis Ley de Mercado de Valores, apartados 2 y 3 y art. 64 del Real Decreto 217/2008) [...].

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la sentencia de 20 enero 2014 , se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
- b) El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el *swap*.
- c) La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 Ley de Mercado de Valores) - es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.
- d) El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de

forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

e) En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo ”.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015, en torno a las consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento, señala: "La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261. 2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril). El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de

la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

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

4. Como se viene diciendo, la cuestión que se suscita se polariza en torno a la información precontractual o previa a la perfección del contrato. Y, al respecto, en el caso presente, debe partirse de las siguientes consideraciones:

i) La documentación entregada al Sr. Jesús Manuel, en relación con las "Participaciones Preferentes SOS Cuétara", se limitó a la orden de suscripción de 28 de noviembre de 2006 y con ella, una hoja titulada "Manual de Procedimientos para la comercialización minorista de productos financieros (Personas físicas)" y una nota designada como "Producto Rojo". La Orden de Valores constituye el contrato propiamente dicho y, obviamente, por ello, no puede considerarse información precontractual. Y lo mismo ocurre con la hoja llamada "Producto Rojo" y el "Manual de Procedimientos para la comercialización minorista de productos financieros (Personas físicas)", que no consta fueren entregados con anterioridad (carecen de fecha), aunque tampoco contienen mención informativa alguna, sino declaraciones del cliente.

No se olvida, desde luego, que la orden de suscripción de valores de 28 de noviembre de 2006, incluye el siguiente texto:

*"Observaciones, el ordenante manifiesta tener a su disposición y haber leído, antes de la **firma** de esta orden, Resumen de la Nota de Valores registrado por CNMV de la emisión"*

"El ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y transcendencia, así como que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación y de las vigentes normas sobre fechas de valoración y autoriza a la entidad a asentar los importes en otra cuenta que posea si, en caso de débito, no tuviera saldo disponible "

El "Manual de Procedimientos para la comercialización minorista de productos financieros (Personas físicas)", refiere: *"Que habiendo solicitado por mi propia iniciativa la suscripción del producto 'Participaciones Preferentes Sos Cuétara' por importe de 150.000 euros y habiéndome informado en la sucursal núm. 5393 de sus características y riesgos, he decidido proceder, tras mi propio análisis, a realizar dicha suscripción"*.

Y la hoja denominada "Producto Rojo" resulta del siguiente tenor:

"1. He recibido información detallada sobre el producto Participaciones Preferentes Grupo Sos, además de la documentación consistente en orden de suscripción de valores documento resumen de la Nota de Valores 2. Entiendo que la descripción del producto y la documentación del mismo requieren la utilización de términos y expresiones técnicas y complejas que, sin embargo, no me han impedido comprender su contenido.

3. Comprendo el producto y sus características y, en particular, que el producto implica

riesgo relevante respecto a i) amortización anticipada por parte de emisor ii) la posible pérdida de partir de del capital invertido iii) su liquidez.

4. Considero, tras recibir toda la información que he estimado necesaria y entender a mi satisfacción las características y riesgos del producto, que el mismo es adecuado para mi experiencia y objetivos de inversión.

5. Firmo este documento de mi puño y letra al pie del mismo para mostrar mi plena conformidad con lo indicado en él".

Sin embargo, tales cláusulas tipo que se incluyen en la orden de suscripción de los títulos y en sus anexos, que constituye una declaración de ciencia del cliente acerca de haber sido informado, carece de valor por sí misma y no exime a la entidad financiera de su obligación de acreditar que ha dado debido cumplimiento a las obligaciones previas de información. Así lo considera la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014 , referida a una cláusula de similar contenido, cuando señala que "la cláusula tipo referida constituye un indicio que el prestamista tiene que corroborar con uno o varios medios de prueba pertinentes" y lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2015 , en los términos siguientes: " Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato [...] Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril . La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

Por consiguiente, no puede tenerse por acreditado que se haya facilitado información precontractual documental o escrita al cliente.

ii) En el aspecto de la información verbal, la demandada invoca las explicaciones presenciales de los empleados bancarios. El único testimonio al respecto lo proporciona la persona que intervino en la contratación, el Sr. Leovigildo, que era en aquella época empleado del "Banco **Santander S. A.**" (y lo continúa siendo). La declaración debió haber adoptado la forma de interrogatorio en la modalidad del art. 309 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, como persona que intervino en nombre de la persona jurídica (y que podría ser citada en calidad de testigo si ya no formara parte de la entidad). En cualquier caso, tales manifestaciones resultan escasamente fiables, no solamente porque no es razonable acudir, exclusivamente, a tal exposición para tratar de demostrar la adecuación y suficiencia de la información, cuando el declarante, por su condición de dependiente de la entidad de crédito, tiene un claro y directo interés en el resultado del litigio, pues no puede olvidarse que era la persona encargada de facilitar la información y, en consecuencia, responsable de no haberla realmente proporcionado, sino también porque, como se dijo, en realidad actúa como parte, en cuanto persona que intervino en nombre de la entidad "Caixanova", de modo que, de conformidad con lo prevenido en el art. 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , respecto a su declaración podrían valorarse como ciertos exclusivamente los hechos cuya fijación le fuere enteramente perjudicial y respecto a los demás (cual es el caso) su valoración habría de hacerse con arreglo a la sana crítica, es decir que su versión, en cuanto parte, habría de confirmarse con otros medios probatorios. Y es que, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015: "No es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para

considerar probado que Banco **Santander** cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado".

iii) En orden a la formación financiera del Sr. Jesús Manuel (esposo y padre, respectivamente, de las demandantes), no consta que tuviere siquiera estudios primarios, ni consta otra categoría profesional que la de instalador electricista. Y ha participado en algunas sociedades dedicadas a la promoción inmobiliaria. Naturalmente, tal formación y clase de actividad profesional está claramente desvinculada de la actividad bursátil o financiera. Tampoco el hecho de que con anterioridad hubiere suscrito participaciones preferentes (se ignora en que condiciones y circunstancias y es que no se ha probado que en esos casos se diera al cliente una información adecuada para contratar el producto, conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías) o bien acciones o fondos de inversión (en todos los casos, siguiendo las recomendaciones del "Banco de **Santander** S. A."), no quiere decir, sin más, que fuere persona de gran experiencia empresarial o que tuviere conocimientos extensos de los mercados financieros, cual pretende la demandada. En suma, no está acreditado que el Sr. Jesús Manuel, fuere cliente experimentado o con conocimientos financieros específicos o, al menos, cualificados, en relación con los diversos tipos de productos financieros.

En resumen, no consta que se hubieren proporcionado al interesado datos veraces y reales sobre el producto, esencialmente los relativos a los riesgos (como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014, el error substancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto). Tampoco por escrito se facilitó información prenegocial suficiente y no consta, por otro lado y como se deja dicho que el esposo y padre de las hoy demandantes hubiere adquirido tal conocimiento por otros medios (como se dijo, no se acredita una especial cualificación en relación con los conocimientos específicos de este tipo de productos financieros complejos). Y así, ausente (o, cuando menos, improbable) la preparación personal suficiente para comprender la complejidad del contrato, sin que recibiera una explicación completa y real del tipo de producto y especialmente de sus eventuales riesgos (se insiste, elemento esencial y decisivo), se constata un consentimiento no informado y, por tanto, viciado por concurrir error. Y sin que se oponga a tal conclusión el requisito de la inexcusabilidad del error, por cuanto, como señala la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014: "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente". Y es que, como sanciona la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015. "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo

que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 de la Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

B) " *Valores convertibles Banco Santander*".

1. También se articula acción de nulidad del contrato de suscripción de valores de fecha 24 de septiembre de 2007, suscrito por D. Jesús Manuel con la entidad "**Santander** Central Hispano S. A." (en la actualidad "**Banco Santander** S. A.") y que tenía por objeto la suscripción de valores denominados "Valores **Santander**" por importe nominal de 125.000 euros.

a) Respecto de la naturaleza y características de los "Valores Convertibles **Santander**", a tenor de lo que resulta del "Tríptico" que publica el "**Banco Santander** S. A.", la emisión de este producto en septiembre de 2007 se realiza con el objetivo de financiar la Oferta Pública de Adquisición sobre "ABN Amro" por parte del consorcio formado por "**Banco Santander**", "Royal Bank of Scotland" y "Fortis". Por tanto, el comportamiento y la entabilidad de los Valores se encontraban vinculados al desenlace de la operación.

Si finalmente el consorcio cerrara la adquisición de "ABN Amro", los Valores proporcionarían una remuneración no asegurada: el emisor decidirá en cada momento si realiza el pago de intereses, del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) hasta el 4 de octubre de 2008 y de Euribor más 2,75 % a partir de esa fecha y hasta el quinto aniversario. La remuneración, si la hubiera, se pagaría por trimestres vencidos. Además, existen diferentes momentos en los que el inversor podría decidir convertir estos valores en acciones del Banco **Santander** (el canje será obligatorio si la emisión llegara a su quinto aniversario). En cualquier caso, al realizarse la conversión, el precio al que el inversor "pagará" estas acciones será un 116% superior al precio que estas tengan en el mercado en una fecha determinada (es la denominada "prima de conversión").

Si el consorcio finalmente no adquiriera el banco holandés, el funcionamiento de los "Valores" sería similar al de un valor de renta fija con vencimiento a un año, con una remuneración del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) y amortización en efectivo.

Los "Valores Convertibles **Santander**" eran, por tanto, un producto financiero que venció definitivamente el 4 de octubre de 2012 y su naturaleza era la de una obligación necesariamente convertible en acciones del Banco **Santander** a un precio fijado en su contratación, en septiembre de 2007, que se modifica ligeramente tras las ampliaciones y demás operaciones societarias posteriores. El cliente no contrataba un bono simple que ofrecía un 7,5% de interés TAE fijo y después un Euribor más 2,75%, como parecía reflejar su publicidad en ese momento, sino un bono que obligaba a convertir a vencimiento en acciones del banco lo invertido, con lo que el cliente asumía el riesgo de la Bolsa (invertir en Banco **Santander**) sin la ventaja de comprar y vender en cualquier momento acciones a su precio de cotización.

Por otro lado, los "Valores" estaban subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluidas las deudas subordinadas y las participaciones preferentes y la garantía del "**Banco de Santander** S. A." estaba subordinada al resto de obligaciones del Banco, incluidas la deuda subordinada y participaciones preferentes del mismo y sus filiales. Y, efectivamente, tales "Valores" en cuanto a su rango, se situaban en orden de prelación por

detrás de todos los acreedores comunes y subordinados, así como de los tenedores de participaciones preferentes y valores equiparables a estas y lo mismo en cuanto a las garantías del "Banco de **Santander** S. A."

b) Tales valores, deben calificarse como un producto complejo, en cuanto se incluirían en la categoría de "instrumentos financieros derivados" y por ello se califican en la Ley de Mercado de Valores (arts. 2. 2 y 79 bis, apartado 8), en coherencia con la Directiva 2004/39, como "productos complejos" por contraposición a los "no complejos" (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013). La propia entidad demandada, en la hoja de suscripción de los valores ("Producto Amarillo") hace constar, que se trata de un producto " *con complejidades y riesgos* ". El carácter de producto financiero complejo lo advierte la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores en su informe de 25 de marzo de 2015. Pero además, así los califica la propia entidad demandada en el "Manual de Procedimientos para la venta de Productos Financieros", emitido por el "Banco **Santander** S. A." en el año 2007, cuyas reglas eran de obligado cumplimiento para la prestación de servicios de inversión sobre Productos Financieros (apartado 3 del MANUAL) y en el que, atendiendo a los requisitos de la normativa MIFID se califican como productos complejos (renta fija con derivados, por ejemplo, obligaciones convertibles) y, en consideración a los aspectos de tipicidad, liquidez y riesgo, como producto rojo (productos financieros que no garantizan la recuperación del principal a vencimiento), por más, en cuanto a este último extremo, que en el contrato se catalogue, de modo inexacto, como "producto amarillo".

c) En atención a la fecha de celebración del contrato (24 de septiembre de 2007), la entidad demandada venía obligada, en materia de información, a observar lo dispuesto en la Directiva 2004/39/ CE del Parlamento Europeo de 21 de abril de 2004 (MIFID) relativa a los mercados de instrumentos financieros (posteriormente incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007), cuyo art. 19, en sede de normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes, señala:

"Toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas.

Se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre: la empresa de inversión y sus servicios los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares, - centros de ejecución de órdenes, y - gastos y costes asociados, de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado.

Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto del producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.

En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado. En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a la que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado".

Y es que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 : "La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la trasposición de la Directiva Mifid, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos".

En fin, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 julio 2015 señala: "Normativa aplicable. En atención al momento en que se firmó la orden de adquisición del bono fortaleza, el 15 de febrero de 2008, conviene aclarar en primer lugar la normativa aplicable. El 15 de febrero de 2008, " las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes " del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), denominada MiFID, ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Todavía no había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación, pues, aunque data del mismo día 15 de febrero de 2008, no fue publicado en el BOE hasta el día siguiente. Según la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre: «las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley».

En la sentencia 716/2014 de 15 de diciembre , interpretamos esta disposición transitoria en relación con los deberes de información previstos en el apartado 3 del art. 79 bis Ley de Mercado de Valores , en el siguiente sentido: «Es obvio que la reforma operada por la Ley 47/2007 exigía una adaptación de la normativa interna de las entidades que prestan servicios de inversión, así como de sus programas de actividades, para lo cual se concedía el plazo de seis meses, con los efectos administrativos correspondientes. Esto afectaba esencialmente al cumplimiento de los nuevos requisitos de organización interna de las entidades, y a las obligaciones establecidas en los arts. 79 bis (información), 79 ter (Registro de contratos), 79 sexies (gestión y ejecución de órdenes) y 59 bis (comunicación de operaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores), sólo en la medida en que requirieran una modificación de los programas de actuación». «De modo que el periodo transitorio no podía afectar a las garantías de información que se reconocen al inversor si no tiene la consideración de inversor profesional [...] [...] al margen de los soportes documentales por medio de los cuales se dejara constancia de ello, eran exigibles los deberes de información básicamente regulados en el apartado 3 del art. 79 bis Ley de Mercado de Valores , para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales a la prestación de estos servicios de inversión.». Esta doctrina trasladada a la materialidad de recabar los test de conveniencia o idoneidad, se traduce en que la entidad que prestaba estos servicios de inversión debía cumplir con los deberes inherentes a la realización de estos test".

2. Reiterando la doctrina jurisprudencial sobre contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato (sentencias del Tribunal Supremo de 20 enero y 7 julio 2014) y sobre las consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento (sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015), debe precisarse el contenido de la información precontractual respecto a este producto.

En materia de información escrita al cliente, el contrato de compra de valores, se integra por el documento titulado "Producto Amarillo" que contiene la orden de suscripción de los valores. Evidentemente, además de que no contiene información específica respecto de los valores, constituye el contrato propiamente dicho, lo que, por tanto y obviamente, excluye su carácter prenegocial.

No se desconoce, desde luego que la orden de suscripción incluye, respecto al "Tríptico" la siguiente observación: "*El ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la **firma** de esta orden, el Tríptico informativo de la Nota de valores registrada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor), están a su disposición*". Asimismo manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores **Santander** que suscribe, sus complejidades y riesgos y que tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla Importe solicitado "

Sin embargo y con independencia de que el contenido del Tríptico no proporcionaba información clara y precisa, ni sobre la característica esencial para determinar el valor futuro de los activos, ni sobre el riesgo de pérdida del capital invertido por descenso de la cotización de las acciones en que habrían de convertirse, debe precisarse, primero, que el propio tríptico, en su párrafo final advierte que: "*Este tríptico no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere. Se recomienda la lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de valores*". Y ni el Resumen, ni el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) fueron entregados al cliente. Y, segundo, que el tríptico no lleva fecha, de manera que no es descartable que se hubiere hecho entrega del documento (como ocurre frecuentemente) en la misma en que se suscribe la orden de compra (24 de septiembre de 2007) y en unidad de acto (es decir, aceptación y **firma** del contrato y simultánea entrega de la documentación), de modo que de ser así (y no consta lo contrario), tal circunstancia, al tiempo que apercibe del carácter meramente rituario y formalista de la información, excluye la posibilidad de que pueda considerarse información precontractual propiamente dicha, al ser ofrecida al mismo tiempo de la **firma** del contrato principal y, por ello, sin la suficiente antelación y sin conceder tiempo material para el estudio y análisis de la documentación (ni siquiera para una simple y rápida lectura) y la comprensión de los términos de la misma. Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 septiembre 2014 y 12 enero 2015, declaran que la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación. Y es que el art. 11 de la Directiva 1993/22 /CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes" y el art. 5 del anexo del Real Decreto 629/1993 , exige que la información sea "clara, correcta, precisa y suficiente" y que la que debe suministrarse a la clientela "sea entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación". Se habría infringido, en definitiva, la obligación de informar a los potenciales clientes al ofertarles el producto, con suficiente antelación respecto de la suscripción del contrato. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, señala que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo

oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la **firma** del contrato, de las explicaciones exigidas por la normativo aplicable.

En cualquier caso y como ya se deja dicho, tal cláusula tipo que se incluye en la orden de suscripción de los títulos y que constituye una declaración de ciencia del cliente acerca de haber sido informado, carece de valor por sí misma y no exime a la entidad financiera de su obligación de acreditar que ha dado debido cumplimiento a las obligaciones previas de información. Así lo considera la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, referida a una cláusula de similar contenido, cuando señala que "la cláusula tipo referida constituye un indicio que el prestamista tiene que corroborar con uno o varios medios de prueba pertinentes" y lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2015, en los términos siguientes: "Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato [...] Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

Y respecto a la eventual información oral o verbal, debemos remitirnos a la exposición anterior sobre el valor del testimonio del empleado de la entidad demandada.

De suerte que como conclusión y al igual que señalábamos respecto de las "Participaciones Preferentes SOS Cuétara", se constata un consentimiento no informado y, por tanto, viciado por concurrir error. c) "*Seguros Inversión Dólar Eurostoxx 150 Aniversario*".

En la solicitud de seguro de inversión - Unit Linked - se define el mismo como "*seguro en el que el tomador del seguro asume el riesgo de la inversión: las aportaciones realizadas y sus futuros rendimientos son invertidos por la Compañía Aseguradora en una determinada Cartera de Activos Financieros y tanto su valor de rescate como el importe de la prestación satisfecha al beneficiario o beneficiarios del seguro, están vinculados al valor de mercado de dicha Cartera de Activos Financieros*".

Señala, además que "*El conjunto de activos vinculados a esta póliza, en origen garantizados por 'Banco Santander Central Hispano S. A.', tendrá como objetivo (sin que ello suponga garantía alguna de su consecución por la Compañía Aseguradora) alcanzar a la fecha del vencimiento del Seguro, 31 de mayo de 2017, un importe igual al 100,00 % de la aportación inicial a la fecha de efecto de la aportación más una rentabilidad igual a: 1) el 75 % de la revalorización media respecto del precio inicial, de 120 observaciones mensuales, fijadas entre la fecha del inicio de la estructura y la fecha de vencimiento del seguro, del índice DJ EUROSTOXX50, más 2) el 75 % de la revalorización media respecto del precio inicial, de 120 observaciones mensuales, fijadas entre la fecha del inicio de la estructura y la fecha de vencimiento del seguro del tipo de cambio Euro /Dólar USA (es decir, se revalorizará en el caso de que el Dólar USA se aprecie contra el Euro). Las medias de las 120 observaciones de los sumandos 1) y 2) serán siempre mayores o iguales a cero*".

"*El Tomador del Seguro asume el riesgo de inversión derivado del depósito adquirido por 'Santander, Seguros y Reaseguros, Compañía Aseguradora S. A.'; el riesgo de inversión derivado de la estructura Swap suscrita entre 'Santander, Seguros y Reaseguros, Compañía Aseguradora S. A.' y 'Banco Santander Central Hispano S. A.' y/o el riesgo*

derivado de cualquier otra combinación de activos incluidos en el conjunto de activos vinculados a la póliza según lo dispuesto en el apartado anterior ".

Finalmente, se expone: "*El presente contrato de seguro queda sometido a las disposiciones contenidas en la Ley 50/80, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados y Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre (modificado por el Real Decreto 239/2007, de 16 de febrero), que recoge el Reglamento de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, así como cuantas normas sustituyan, desarrollen o complementen los mencionados preceptos "*.

Pues bien, respecto a la normativa que debe ser facilitada al cliente, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 , señala: "Como cuestión previa, ha de aclararse si la normativa aplicable para determinar qué información debe ser facilitada al cliente que contrata este tipo de seguros de vida "unit linked" es exclusivamente la normativa que regula los seguros privados, como se afirma en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y sostiene Banco **Santander**, o la normativa sobre inversiones, en concreto la Ley de Mercado de Valores de 1988 y normas que la desarrollan. Como se ha expresado al examinar la legitimación pasiva de Banco **Santander**, el producto ofertado y contratado por la demandante fue un producto de inversión, que se articuló a través de un seguro de vida "unit linked" por ser la fórmula contractual diseñada por el banco, con la colaboración de una aseguradora, para hacerla más atractiva a sus clientes desde el punto de vista fiscal. En tales circunstancias, no puede aceptarse la pretensión de rebajar el nivel de exigencia en la información a facilitar al inversor por la empresa de servicios de inversión (en este caso, el banco que diseñó el producto y lo ofertó a sus clientes a través de su red de oficinas), por el procedimiento de entender que no es aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, muy exigente en materia de información a suministrar al potencial inversor, y sí solamente la normativa sobre seguros privados, que contiene unas previsiones mucho más genéricas, como es el caso de las contenidas en el art. 60 de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Esta última normativa será aplicable en cuanto contenga determinadas regulaciones específicas propias del contrato de seguro, que se añaden a las que rigen con carácter general las obligaciones y contratos y con carácter particular los contratos de inversión, pero no en el sentido de rebajar las obligaciones de información que establece la normativa reguladora del mercado de valores".

Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril 2013, señala que la Directiva 2004/39 "ha de ser tomada también en consideración en interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo de transposición (sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen, asunto 80/86)".

Por consiguiente, al contrato a que nos referimos, que no se trata de un simple seguro de vida, sino de un seguro de inversión financiera vinculado al comportamiento de los mercados de divisas y, por ello, complejo y especulativo, en cuanto comprendido en el art. 2 de la Ley de Mercado de Valores , le será de aplicación la normativa pre-MiFiD en su integridad, que ya recogía las más importantes obligaciones que se plasmaron en la Directiva MiFiD, sin consideración alguna a la normativa sectorial, esto es, las normas de conducta y transparencia que rigen la actividad de las entidades de crédito en las relaciones con su clientela, dictadas en desarrollo de la Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito y determinadas disposiciones reglamentarias: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 y otra de 7 de octubre de 1999, hoy sustituidas por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Y así, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 : "La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de **firma** del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa".

Pues bien, en el presente caso, los titulares designados en el contrato son D.ª Rebeca , en calidad de "tomador del seguro" y D.ª Visitación a título de "asegurada". Consta acreditado (a partir de los dos informes periciales caligráficos) que las **firmas** que aparecen, así en la Solicitud como en la Nota Informativa, bajo los encasillados "El Tomador del Seguro" y "El Asegurado" no corresponden a ninguna de aquellas. De lo que se deduce, obviamente, que ni suscribieron, ni tuvieron intervención alguna en el contrato. Y, en consecuencia, resulta inexacto y tergiversado que en ambos documentos se haga constar "El Tomador del Seguro y el Asegurado manifiestan conocer y acepta expresamente el contenido de la información recogida en la presente Solicitud de Seguro y en la Nota Informativa que figura en el documento adjunto de la misma". Como tampoco responde a la realidad la hoja que contiene el "Manifiesto" de D.ª Rebeca , en la que se consigna "Que tras haber sido informada en la sucursal núm. 5393, de las características y riesgos del producto Sidex 150, he decidido proceder, una vez hecho mi propio análisis a suscribirlo por importe de 6000 euros", que ni fue redactada ni firmada por la misma, a pesar de que en la propia hoja se precisa que "El cliente rellenará de su propio puño y letra los espacios en blanco de este formulario ... que deberá firmarse simultáneamente con la venta del producto financiero...". Obviamente, si las ahora demandantes no tuvieron intervención en la contratación, debe descartarse que se les hubiere facilitado alguna información precontractual verbal o por escrito.

TERCERO. - *Efectos de los actos de las demandantes posteriores a la suscripción de los contratos.*

El único efecto que el recurso atribuye a los actos posteriores de las actoras, en relación con la declaración de nulidad por vicio del consentimiento, es el relativo a la sedicente confirmación de los negocios (evidentemente las referencias al reconocimiento de la existencia de autorización a favor del Sr. Jesús Manuel o a la ratificación de las inversiones, se vincula con la declaración de nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento). Y, en el escrito de contestación a la demanda, la referencia a la eficacia de los "acontecimientos posteriores" se vinculaba, exclusivamente, con los Valores **Santander** (Hecho Séptimo de la contestación), invocándose la existencia de suministro de información por el "Banco **Santander** S. A." y la percepción de intereses.

Aunque no se incluyen referencias normativas en relación con la confirmación contractual (como tampoco se incluían en el escrito de contestación a la demanda), parece viene a alegarse la infracción por violación del principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos y de la jurisprudencia que lo sanciona al declararse que no puede oponer la nulidad de un contrato quien lo confirmó con actos posteriores (sentencias del Tribunal Supremo de 23 marzo 1949 , 18 junio 1933 o 11 diciembre 1986), de suerte que devendría de aplicación la doctrina normativa del art. 1313 del Código Civil, según el que la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración

Tal pretensión deviene improsperable. El art. 1311 del Código Civil dispone que se

entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

Y, como es conocido la llamada doctrina de los actos propios, surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia con el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2000, recuerda: "Como ha señalado la reciente sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2000 «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire"), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7. 1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 enero y 24 junio 1996 ; 16 febrero , 19 mayo y 23 julio 1998 ; 30 enero , 3 febrero , 30 marzo y 9 julio 1999)" . Y, en relación con sus requisitos, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 mayo 2001 , expone: "... hay que consignar que es principio general de Derecho, que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente (sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990 , 5 de marzo de 1991 , 4 de junio y 30 de diciembre de 1992 , 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993 , 17 de diciembre de 1994 , 31 de enero , 30 de mayo y 30 de octubre de 1995 , 21 de noviembre de 1996 , 4 de enero , 13 de julio , 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999 , 23 de mayo , 25 de julio y 25 de octubre de 2000 , 27 de febrero y 16 de abril de 2001).

Las comunicaciones a que se refiere la demandada (y que identifica con la documental núms. 42, 58, 59, 60 y 61, que acompaña al escrito de contestación) no consta acreditado que se hubieren remitido. La información fiscal, como es natural, no ofrece noticia suficiente acerca de las características y eventuales riesgos del producto (por lo que persistiría el desconocimiento sobre un elemento esencial del contrato). Y la percepción de rendimientos sin deducir queja o reclamación no puede considerarse como vinculante acto propio, ni entraña acto alguno de confirmación tácita del contrato. La jurisprudencia interpretativa del art. 1311 del Código Civil señala que para que se produzca la confirmación tácita es preciso que el acto inequívocamente confirmatorio se realice una vez que se tiene conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta desaparecido (sentencias del Tribunal Supremo 10 abril 1976, 27 octubre 1980, 4 julio 1991, 15 febrero 1995, 12 noviembre 1996 y 4 octubre 1998). Y la ausencia de queja o reclamación no supone el conocimiento de la causa de nulidad. De modo que, cuando los interesados comprueban la verdadera naturaleza del producto que habían adquirido, deducen la primera reclamación

(noviembre de 2012). Ello además de que la confirmación exige ineludiblemente una actividad libre y consciente, con ánimo o voluntad convalidante (sentencias del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1948 y 12 noviembre 1996), que no puede deducirse de la actitud pasiva, de la que tampoco cabe inferir la voluntad de renunciar la acción de nulidad del contrato. Dicho criterio se ha visto corroborado por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, al señalar que "La alegación de confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable. La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. Los hechos en que Banco **Santander** sustenta la alegación de confirmación del contrato son inadecuados para sustentar tal afirmación. La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error".

CUARTO. - *Consecuencias restitutorias* -.

En el escrito de recurso se solicita (para el caso de que se mantuviera la declaración de nulidad de los contratos) se proceda a aclarar determinados extremos sobre los importes a restituir por las demandantes:

"i) el importe bruto total percibido por las recurridas en concepto de intereses devengados por las Participaciones SOS y los Valores **Santander**".

La facultad de aclaración y subsanación de la sentencia, al amparo de los arts. 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya se utilizó, por la parte ahora recurrente, ante el tribunal que la dictó, a quien correspondía la eventual aclaración o rectificación. Y justamente en función de aquella petición, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vigo, dictó auto, rectificando la sentencia a medio de la modificación del apartado 3) del fallo que, respecto a las cuestiones cuya nueva aclaración se pide señala: "Los actores deberán reintegrar la totalidad de los importes abonados durante el tiempo de vigencia de las participaciones preferentes y Valores **Santander** que asciende a 64.360,23 euros" Y aclarando el Fundamento de Derecho Tercero, en el que se sustentaba aquel pronunciamiento subsanatorio, se exponía: "los actores deberán reintegrar la totalidad de los intereses brutos percibidos durante el tiempo de vigencia de las participaciones preferentes, que ascienden a 25.899,33 euros y a 29.995,80 euros por los Valores **Santander**, más la cantidad de 8465,10 euros por los restantes beneficios de los Valores **Santander**". Por consiguiente, lo ahora solicitado está expresamente concedido en el auto aclaratorio de la sentencia. Respecto a la aplicación del interés legal a la suma que las demandantes deben reintegrar a la entidad bancaria en virtud de los rendimientos percibidos, como señalábamos en nuestra reciente sentencia de 13 julio 2015, en relación con el mismo tema: "En este punto, entendemos que la obligación de la demandante debe contraerse exclusivamente a devolver los rendimientos obtenidos como consecuencia de la inversión litigiosa sin que haya de restituir además los frutos civiles, esto es, los intereses de aquellas cantidades. En este extremo, reiteramos lo dicho en la sentencia de esta misma Sección, de 22 de junio de 2015, al hacer nuestras las consideraciones y razones de la sentencia de esta Audiencia (Sec. 1ª) de 4 de abril de 2014: "Por nuestra parte entendemos que la obligación del demandante se debe limitar a la devolución de los rendimientos obtenidos por el producto financiero adquirido sin tener que restituir los frutos civiles de dichas sumas, por las siguientes razones:

a) porque, como venimos razonando a lo largo de toda esta resolución, en línea con la

interpretación jurisprudencial dominante, la esencia de la declaración de nulidad está en la existencia de un vicio estructural en el negocio a consecuencia de la situación de error generada en el cliente, por la actuación de la entidad financiera. Ello determina una situación de desigualdad en la información y de desequilibrio en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, con vulneración de la normativa legal, que no fue restablecida por la entidad demandada; situación de desequilibrio que debe traducirse también en la reposición de las cosas al momento de la celebración del contrato, en aplicación del art. 1303 sustantivo.

b) porque el análisis de la conducta de la entidad financiera, tal como se desprende de los hechos probados, permite su consideración como una actuación de mala fe, que debe tener traducción en la restitución de las cosas a su origen.

c) porque, nos parece, que se consolidaría una situación de enriquecimiento injusto si se obliga a devolver al cliente los intereses legales de las sumas percibidas en virtud de las órdenes de adquisición de participaciones preferentes y deuda subordinada, mientras que la entidad, que celebró el contrato con el fin de atender a sus exigencias coyunturales de capitalización, habrá obtenido rendimiento de las sumas depositadas por el cliente en normal desarrollo del negocio bancario.

d) porque la normativa protectora del consumidor - en particular los arts. 60 y 62 del Texto Refundido 1/2007 , además de la normativa específica citada sobre protección del consumidor adquirente de servicios y productos financieros - constituye base suficiente para incrementar el estándar de la buena fe contractual exigible a la entidad financiera, que en el caso se ha visto vulnerada de forma palmaria, y da fundamento a la modulación de los efectos de la retroacción con el fin de evitar situaciones de desprotección de los consumidores.

e) porque, en esta misma línea de razonamiento, se sitúa la legislación especial dictada para la reestructuración de entidades de crédito - Ley 9/2012, de 14 de noviembre - que establece, en su apartado IV, como uno de sus objetivos la adopción de medidas de protección del inversor "... en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años "; prácticas irregulares de comercialización como las que han constituido el objeto del presente litigio."

ii) Únicamente en relación con la inversión en Participaciones Preferentes SOS Cuétara, interesamos que el importe que mi mandante debe restituir a las actoras, debe ser minorado por el valor de mercado de las acciones de 'Deoleo S. A.' derivados de las Participaciones Preferentes SOS Cuétara de las que son titulares las actoras".

Tal era la petición que se contenía en el escrito de aclaración y/o complemento de sentencia deducido ante el tribunal de instancia. Y en el escrito de recurso se precisa que aquella resolución "no aclara que declarada la nulidad de la orden de suscripción de las Participaciones SOS las apeladas deberán entregar al banco las acciones de 'Deoleo S. A.' por las que se canjearon las Participaciones SOS o bien detraer el valor de mercado de tales acciones del importe a restituir por Banco **Santander** a las recurridas".

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre 2008. "Esta línea jurisprudencial ha declarado que el régimen jurídico que establece el art. 1303 del Código Civil , que configura una suerte de *condictio indebiti* y mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (sentencias de 26 julio 2000 y 13 diciembre 2005) nace de la ley y no necesita petición expresa (sentencias de 24 febrero 1992 , 20 junio 2001 , 11 febrero 2003 , etc.) por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio *iura novit curia* por no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo pedido (

sentencias del Tribunal Supremo de 22 noviembre 1983 , 24 febrero 1992 y 13 diciembre 2005)".

Y, sobre la realidad del canje de las Participaciones Preferentes SOS Cuétara", es procedente añadir a la sentencia que las demandantes deberán entregar a la entidad demandada las acciones de "Deoleo S. A." obtenidas a medio de dicho canje.

QUINTO. - *Costas procesales*-.

De conformidad con lo prevenido en el art. 398. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Se mantiene el criterio de la sentencia de instancia sobre imposición de costas de la instancia a la parte demandada, en la medida en que la modificación que se introduce en la sentencia (sobre entrega de los títulos de la sociedad "Deoleo S. A."), tiene carácter puramente accesorio o complementario y la estimación de las pretensiones de la demanda es substancial.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Jesús González-Puelles Casal, en nombre y representación de la entidad "Banco **Santander** S. A." contra la sentencia de fecha uno de septiembre de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vigo , modificamos la misma, en el único sentido de añadir que las demandantes deberán entregar a la entidad demandada las acciones de la sociedad "Deoleo S. A." derivadas del canje de las Participaciones Preferentes SOS Cuétara" realizado el 10 de diciembre de 2010, manteniendo los demás pronunciamientos de la misma, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso.

Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.

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