



Roj: **SAP M 4254/2017 - ECLI:ES:APM:2017:4254**

Id Cendoj: **28079370132017100495**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **03/05/2017**

Nº de Recurso: **891/2016**

Nº de Resolución: **210/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARCOS RAMON PORCAR LAYNEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0157370

Recurso de Apelación 891/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 962/2015

APELANTE:: D./Dña. Isidro

PROCURADOR D./Dña. ISABEL SANCHEZ RIDAO

APELADO:: BANCO SANTANDER,S.A.

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

SENTENCIA N° 210/2017

TRIBUNAL QUE LO DICTA

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

D. MARCOS RAMÓN PORCAR LAYNEZ

Siendo Magistrado Ponente **D. MARCOS RAMÓN PORCAR LAYNEZ**

En Madrid, a tres de mayo de dos mil diecisiete. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario 962/15, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 89 de Madrid, que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala 891/16, en el que han sido partes, como demandante-apelante Don Isidro representado por la Procuradora Dª Isabel Sánchez Ridao y asistido del Letrado D. José Alfredo Domínguez Tuset; y como demandado-apelado la entidad BANCO SANTANDER SA representada por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo y asistido del Letrado D. Javier García Sanz.



VISTO, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Marcos Ramón Porcar Laynez, que expresa el común parecer de este Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y

PRIMERO.- Con fecha 21 de marzo de 2016 el Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid en los autos de que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "FALLO: Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda de juicio ordinario interpuesta por DON Isidro (con representación técnica de DOÑA ISABEL SÁNCHEZ RIDAO); frente a BANCO DE SANTANDER, S.A. (actuando por medio de DON EDUARDO CODES FEIJOO) absolviendo a la parte demanda de los pedimentos recogidos en el suplico de la parte actora, con imposición a esta última de las costas devengadas en el proceso, sin la limitación de la tercera parte."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia se interpuso recurso de apelación por la demandante, con traslado a la adversa y oposición al mismo, remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal, abriéndose el correspondiente rollo de Sala.

TERCERO.- En esta alzada, para cuya deliberación, votación y fallo se señaló el día **28 de abril de 2017**, se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima la demanda en su día interpuesta rechazando la tesis que sostiene al respecto la parte actora absolviendo al demandado en los términos antes expuestos, considera la existencia de caducidad y la inexistencia de error o incumplimiento contractual de información suficiente y correcta en la operación de suscripción valores convertibles del Banco Santander fechado el 1 de octubre de 2007 considerando y valorando centralmente el perfil del demandante. La parte demandante formula recurso por considerar primero la inexistencia de caducidad. Segundo por considerar la existencia de error en la valoración de la prueba: respecto al carácter complejo del producto, sobre aplicación de las normas sobre carga de la prueba, alega error en valoración de la prueba por falta de firma del tríptico informativo, error en la valoración de la prueba en cuanto al perfil del actor y en cuanto a la valoración de la prueba testifical. Tercero: respecto a los actos propios. Cuarto: en cuanto a las sanciones impuestas al Banco Santander y existencia de procedimiento ante la Audiencia Nacional. Quinto: Se opone a la condena en costas y a la declaración de temeridad en la condena en costas.

SEGUNDO.- Caducidad

Ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, las sentencia de 6 de septiembre de 2006, rec. 4805/1999, de 25 de julio de 1991 o de de 27 de febrero de 1997 ,rec. 24/1993) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; dentro de estos últimos hay que incluir los casos normativos previstos en el citado precepto (error, violencia e intimidación, dolo o falsedad de la causa).

Del relato de hechos de la Sentencia el contrato no es de los que puedan calificarse como inexistentes por falta de alguno de los requisitos esenciales (art. 1261 del código civil) pero sí que pudiesen ser nulos de pleno derecho por infringir norma imperativa o prohibitiva (art. 6. 3 del código civil) ya que se cita la contravención de la normativa de protección de inversores y de **consumidores** y usuarios, con hincapié en la nulidad por dolo o vicio del consentimiento.

En caso de entenderse que estamos en un caso de anulabilidad le sería aplicable el plazo de cuatro años que para el ejercicio de la acción de anulabilidad establece el artículo 1.301 CC, plazo que es de prescripción y no de caducidad, (S.S. de 25 de abril de 1.960, 28 de marzo de 1.965 28 de octubre de 1.974, 27 de marzo de 1.987 y 27 de marzo de 1.989, como las más emblemáticas). Para el supuesto de error el mismo artículo 1.301 CC dispone que comienza a contarse desde la consumación del contrato. Consumación que en los sinalagmáticos coincide con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes (STS de 11 de junio de 2003, que cita las de 5 de mayo de 1983, 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989). Dado que el artículo 1.301 CC no atiende a la fecha de la perfección sino de la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó, a partir del cual comienza a contarse el plazo de 4 años del artículo 1.301 CC. Dado que no consta plazo, ha de entenderse que el contrato no está consumado y por lo tanto, aunque no nos encontremos ante un supuesto de nulidad radical no está prescrita la acción ejercitada. Nos



encontramos ante un producto de tracto sucesivo que no se puede considerar consumado sino por su canje obligatorio, no siendo el canje voluntario una alteración de la vida del contrato que no queda consumado hasta el momento de su transformación o materialización mediante el canje obligatorio. Siendo el canje obligatorio de 2 de octubre de 2012 y estando presentada la demanda el 15 de junio de 2015 no habría transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años señalado por la parte y recogido en la Sentencia. No estando prescrita la acción para reclamar procede acoger el presente motivo de recurso procediendo entrar a resolver sobre los demás motivos de recurso alegados.

TERCERO.- Segundo motivo.- Error en la valoración de la prueba.

Se trata el presente motivo del objeto central del procedimiento. El motivo central del recurso y el eje central del recurso es la impugnación de la valoración probatorio del Juez de Primer Instancia por considerar que ha existido error en la valoración de la prueba en cuanto al análisis del perfil del demandante. La Sentencia desestima la demanda, siendo el motivo central de la desestimación el perfil del demandante. Resulta así de actuaciones que el demandante ahora jubilado, ha sido empleado de banca durante 15 años, desde febrero de 1985 a 31 de diciembre de 1999. A lo anterior se añade que su puesto o empleo desarrollado era el de comercial de banca, es decir el mismo se dedicaba a vender y comercializar e informar sobre los productos que ahora ha comprado y dice que no tiene información suficiente. Respecto a este extremo pretende el demandante ahora argumentar que no era comercial sino cajero de banca, frente a lo cual no cabe más que la lectura de su propia demanda en la cual se oculta que era trabajador de banca para manifestar que era "comercial" y que tenía una formación "elemental". Estos datos parecen ocultar que había sido trabajador de banca en la red de oficinas bancarias como comercial, extremo que en un nuevo giro el demandante pretende nuevamente negar manifestando que era cajero y ahora ya no era comercial. Resulta igualmente que no solo era empleado de banca, empleado de oficina bancaria comercializando productos, sino que a lo anterior se añade que era empleada de la propia entidad Banco Santander que ahora se pretende demandar y negar. Del documento 4 bis de la contestación de la demanda resulta que el actor desempeñó en el Banco Santander en su red de oficina funciones de comercial en su red de sucursales. A lo anterior se añade la testifical de Doña Juana que es trabajadora de la entidad bancaria y relata que atendió al demandante el día de la comercialización y muchos otros días que acudió a su sucursal siendo habitual que pasase a supervisar sus inversiones muy a menudo, lo anterior es compatible con la confianza y cercanía de haber sido compañero de la misma empresa y puesto de trabajo. En el presente caso concreto encontramos que se trata de Valores Santander suscritos el 1 de octubre de 2007 por importe de 15.000 euros, código valor NUM000. El demandante firma el documento uno en el que ordenaba la suscripción de Valores Santander, en el mismo firma y reconoce "haber recibido y leído antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registradas por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007", firma igualmente haber entendido el producto. Lo anterior es importante y trascendente en este supuesto pues siendo empleado de la misma entidad bancaria donde contrata, y habiéndose dedicado a comercializar productos bancarios, el actor es plenamente conocedor de lo que firma y suscribe y es plenamente conocedor de que firma haber recibido la información y el tríptico, por lo que de no haberlo recibido la opción hubiese sido o pedir la entrega de la información y tríptico o no firmar. El actor empleado bancario hasta el año 1999 no puede desconocer o negar no conocer lo que firma pues ha sido su trabajo durante quince años, no habiéndose incumplido por lo tanto tampoco el deber de asesoramiento por lo que tampoco habría incumplimiento contractual. Las propias obligaciones de las entidades bancarias al respecto, y del fundamental deber de información a que está obligado la entidad crediticia frente al cliente, especialmente si es minorista y si carece de la necesaria formación financiera, debiendo destacar que estamos en presencia de un producto de complejidad por lo que no bastan unas reuniones previas explicando lo que la inversión es. No concurren en el presente supuesto los motivos de error en valoración de la prueba en cuanto se considera la inexistencia de error en el consentimiento. Igualmente se considera la inexistencia de falta de información, no concurriendo tampoco la infracción de normas bancarias y civiles, a que se refiere el apelante. La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 abril 2013, tras hacer mención al régimen jurídico que habrá de regir el contrato de gestión de carteras de inversión, a qué se refería el procedimiento del que tuvo conocimiento la repetida sala sentenciadora, recoge el régimen jurídico del deber de información, del que nos interesa destacar la obligación (artículo 79 de la ley de mercado de valores, tras la reforma), de comportarse la entidad bancaria o crediticia con diligencia y transparencia en el interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, cuidando los intereses del cliente como si fuesen los propios y asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; precisamente a consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la directiva 1993/22/CEE, 10 mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, cuyos artículos 10 a 12 (expresa la sentencia del Tribunal Supremo repetida) exige un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia, e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes; artículos 11 y 12 de la repetida Directiva, que damos por reproducidos. Como resumen de lo expuesto, concluye la sentencia del Tribunal Supremo el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de



Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

"Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato". "Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida."

En el presente caso el banco cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer al demandante la adquisición de determinados valores que aun siendo valores complejos y de alto riesgo, eran adecuados al perfil del cliente. El banco conocía al cliente pues había sido trabajador de la entidad, conocía el perfil del cliente pues este había dedicado quince años a comercializar productos bancarios en las oficinas del Banco Santander, así cumplió los estándares necesarios pues no solo conocía al cliente y su perfil, sino incluso al haber sido contratado por la entidad y haber sido su trabajador conocía su formación, su trayectoria y currículo profesional, conocía sus labores durante quince años, por lo que estaba en una posición inmejorable para valorar el perfil de este cliente.

No existió así, conforme concluye la sentencia combatida, y debe entenderse acreditado, un consentimiento viciado por omisión de información en la conducta de la demandada ni se ha ocasionado que se prestase un consentimiento erróneo. Luego no existe el error que son los elementos determinantes de la nulidad interesada por la parte demandante. Ni se produjo falta de información oportuna y necesaria con el alcance preciso, ni se produjo falta de explicación, para que pueda invalidar el error el contrato es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (sentencias de 6 febrero 18 abril 1978, 6 febrero 1999, 12 julio 2002, 24 enero 2003, 17 febrero 2005 y 17 julio 2006 entre otras muchas, siempre de la sala primera del Tribunal Supremo); también es preciso (debiendo tener a la vista, obviamente, el contenido de los artículos 1267 y 1261.1 del código civil), que el repetido error no sea imputable a quien lo padece (sentencias del Tribunal Supremo de 22 mayo del año 2006 y 12 diciembre 2005) y que además sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció, empleando una diligencia media o regular, no mereciendo la protección legal quien expresó su consentimiento de forma negligente pudiendo haber rechazado el contrato. En el presente caso el error en su caso de existir sería imputable a quien lo padece, no siendo excusable ya que de existir pudo ser evitado con una diligencia media o regular del demandante que habiendo sido trabajador de la propia entidad bancaria durante quince años conocía sin dudas, y tenía en su mano sin duda, todas los mecanismos para evitarlo si es que alguna duda tenía al ser conocedor del funcionamiento de las entidades y contrataciones bancarias.

CUARTO.- Respecto a los motivos de recurso (Tercero: respecto a los actos propios. Cuarto: en cuanto a las sanciones impuestas al Banco Santander y existencia de procedimiento ante la Audiencia Nacional). No procede su estimación pues ninguno de los mismos son tenidos en cuenta o valorados en Sentencia a los efectos de la desestimación de la demanda, ni la estimación de ninguno de ellos se anudaría a una revocación de la Sentencia y estimación de la demanda. No existe elemento alguno o conexión alguna de la alegación de los actos propios con el presente procedimiento, no haciéndose referencia en la misma a los actos propios del demandante como causa de desestimación de la demanda. De igual forma tampoco las alegaciones sobre las sanciones de que ha sido objeto el Banco Santander o las alegaciones sobre la existencia de un procedimiento en la Audiencia Nacional tienen relación ni trascendencia en las conclusiones que se deben de alcanzar en el presente procedimiento civil.

QUINTO.- Condena en costas. Se impugna por el apelante la condena en costas de que ha sido objeto en la cual se condena en costas con expresa declaración de temeridad al litigar y por lo tanto sin las limitaciones previstas en el art. 394.2 LEC. Respecto la condena en costas con expresa declaración de temeridad en



atención al art. 394.2 LEC debe ser la misma confirmada en atención primero al principio de vencimiento recogido y contenido en el art. 394. 1 LEC, al mantenerse la desestimación total de la demanda. Igualmente debe ser confirmada la condena en costas con declaración de temeridad en atención a las alegaciones contenidas en la demanda y en el recurso de la parte apelante. Resulta de actuaciones que el demandante manifestó ser y dedicarse a "comercial" como profesión. Oculta así que era trabajador bancario, oculta igualmente que era trabajador de la propia entidad demandada y con la que contrató. En segundo lugar da un nuevo giro para negar lo que dijo en su demanda y decir que no era comercial sino que era cajero y no comercial pero admitiendo que era trabajador bancario y admitiendo que trabajó para la entidad demandada. Resulta así una demanda y actuación temeraria ocultando y tergiversando los datos de la demanda y el perfil de su cliente, cuando era persona dedicada durante quince años a comercializar e informar de los productos bancarios de la propia entidad Banco Santander.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 398. 1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimándose el recurso procede condena en costas de esta alzada al apelante.

III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Don Isidro contra la Sentencia de fecha 21 de marzo de 2016 dictada por el juzgado de primera instancia número 89 de Madrid en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos desestimar la excepción de caducidad y debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS por el resto de motivos la Sentencia dictada.

Todo ello con condena en las costas procesales de la presente alzada al apelante.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 de Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados de este Tribunal.

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