



Roj: **SAP O 2411/2014 - ECLI:ES:APO:2014:2411**

Id Cendoj: **33024370072014100294**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **14/10/2014**

Nº de Recurso: **75/2014**

Nº de Resolución: **313/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA PIEDAD LIEBANA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00313/2014

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON

S40040

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2013 0000386

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000075 /2014

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000032 /2013

Recurrente: Milagros , Rosalia

Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Abogado: MARCELINO TAMARGO MENENDEZ, MARCELINO TAMARGO MENENDEZ

Recurrido: BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A.

Procurador: ABEL CELEMIN VIÑUELA

Abogado: DAVID FERNANDEZ RETANA

SENTENCIA nº 313/2014

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA

MAGISTRADOS: DÑA. MARIA PIEDAD LIÉBANA RODRIGUEZ

D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

En Gijón, a Catorce de Octubre de dos mil catorce

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000032 /2013, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000075 /2014, en los que aparece como parte apelante, Milagros , Rosalia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JUAN RAMON SUAREZ



GARCIA, JUAN RAMON SUAREZ GARCIA , asistido por el Letrado D. MARCELINO TAMARGO MENENDEZ, MARCELINO TAMARGO MENENDEZ , y como parte apelada, BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ABEL CELEMIN VIÑUELA, asistido por el Letrado D. DAVID FERNANDEZ RETANA, sobre nulidad de ordenes de compra de valores y otros extremos , siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D./D^a MARIA PIEDAD LIÉBANA RODRIGUEZ .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GJON, se dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2013 , en el procedimiento Ordinario nº 32/13 del que dimana este recurso, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de Dña. Milagros y Dña. Rosalia contra Banco Santander S.A., debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones contra el mismo formuladas en la presente demanda, con imposición a la parte actora de las costas causadas en este procedimiento" .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se ha formulado recurso de apelación por la parte Milagros , Rosalia .

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 30 de Septiembre de 2014, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercitan las demandantes, D^a Milagros y D^a Rosalia , en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de apelación, acciones acumuladas por las que pretenden, con carácter principal, que se declare la nulidad del contrato de adquisición de veinticuatro "Valores Santander" (bonos subordinados) por importe total de 120.000 €, celebrado el 2 de octubre de 2.007 con el demandado "Banco Santander S.A.", por error en el consentimiento de las adquirentes y dolo en la proposición de la entidad bancaria, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas objeto del mismo, con sus frutos e intereses, reintegrando a las partes a la situación anterior a la formalización del producto, con anulación de los cargos y abonos efectuados, por razón del contrato, en la cuenta asociada; y subsidiariamente, que se declare resuelto el contrato por incumplimiento del Banco demandado de sus obligaciones contractuales y se condene al demandado a reintegrar a las demandantes las cantidades perdidas por su deficiente comercialización y gestión del producto de referencia, más intereses legales desde la fecha de su cargo en cuenta, aminorando, en su caso, el importe de la rentabilidad satisfecha a las demandantes, dando por resuelto el contrato sin coste ni penalización alguna desde la fecha de interposición de la demanda.

El demandado, "Banco Santander S.A." contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones deducidas en su contra, alegando la caducidad de la acción de nulidad, inexistencia de vicios en el consentimiento de los adquirentes, e inexistencia de causa de resolución de los contratos, por haber cumplido el Banco con sus obligaciones.

La Sentencia apelada desestima la demanda interpuesta, respecto de la acción de nulidad por no apreciar la concurrencia de error esencial y excusable a la hora de prestar el consentimiento contractual, habiendo cumplido la demandada con su deber de informar debidamente sobre la clase y consecuencias del producto contratado, claramente diferenciado de los contratos de depósito a plazo, cuyo funcionamiento conoce D^a Milagros por haberlos suscrito con anterioridad. Idéntica suerte corrió la acción resolutoria, por entender que, entre las partes, únicamente se produjo la suscripción de una orden de valores, agotándose su actuación en la comercialización del producto e información posterior sobre la evolución de lo comercializado. Con imposición de costas a las demandantes.

Contra dicha Sentencia se alza en apelación la parte demandante, que mantiene en ésta instancia sus iniciales pretensiones, y solicita, en consecuencia, que se revoque la Sentencia apelada y se estime íntegramente la demanda.

SEGUNDO.- Ha quedado acreditado, y son hechos no discutidos, que el día 22 de febrero de 2.007 D.ª Milagros suscribió con "Banco Santander" un contrato tipo de depósito y administración de valores, y el día 2 de octubre de 2.007 firmó junto con su madre D.ª Rosalia una orden de suscripción de veinticuatro "Valores Santander", por un valor total de 120.000 € (documento nº 4 de los aportados con la demanda), constando en dicho documento que el ordenante manifestaba haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el Tríptico informativo de la



Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le había indicado que el Resumen y el Folleto completo estaban a su disposición.

En el tríptico al que alude la orden de suscripción (documento nº 2 de la contestación) se expresa que la emisión de "Valores Santander" por importe de 7.000.000.000 €, se hacía con garantía del propio "Banco Santander", en el marco de una OPA sobre "ABN Amro" formulada por un Consorcio formado por "Banco Santander", "Royal Bank of Scotland" y "Fortis", a cuyo fin, la Junta General de Accionistas de "Banco Santander" de 27 de julio de 2.007 había autorizado un aumento de capital, inicialmente de 4.000.000 €, para financiar parcialmente dicha OPA, condicionándose los efectos de la emisión al resultado de la OPA, de modo que si no se adquiría "ABN Amro" se amortizarían los títulos el 4 de octubre de 2.008, con reembolso de su valor nominal (5.000 € por título), y si se adquiría dicha entidad, los valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias "Santander" de nueva emisión, siendo el canje de los Valores y la conversión de las obligaciones simultáneos, de modo que el inversor recibiría acciones "Santander" cuando ocurriese el canje, previéndose canjes voluntarios el 4 de octubre de 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011 y también en cualquier momento siempre que el Banco decidiese no pagar remuneración pudiendo pagarla, y el canje obligatorio el 4 de octubre de 2.012 y también en los supuestos de concurso, liquidación o situaciones similares del emisor; la remuneración pactada, pagadera por trimestres vencidos, era del 7,30% hasta el 4 de octubre de 2.008, y del euribor más el 2,75% desde entonces, condicionándose la remuneración a la existencia de beneficio distribuable; y para la conversión, la acción "Santander" se valoraría al 116% de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles; los valores quedaban subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluida deuda subordinada y participaciones preferentes, y cotizarían en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid.

Como finalmente, el Consorcio del que formaba parte "Banco Santander" adquirió "ABN Amro", los "Valores Santander" adquiridos por D^a Milagros y D^a Rosalia se hicieron canjeables en los términos que han quedado expuestos, y como los titulares no hicieron el canje voluntario en los períodos establecidos al efecto, los Valores se canjearon obligatoriamente por obligaciones del Banco el día 4 de octubre de 2.012, es decir, antes de ser presentada la demanda (el 16 de enero de 2.013), obligaciones que se convirtieron automáticamente en acciones del propio Banco, en los términos previstos en el tríptico informativo, al precio de 12,96 € por acción.

El informe pericial aportado con la demanda considera que los "Valores Santander" son bonos convertibles en acciones, y que estos son un producto financiero complejo, un híbrido entre los bonos simples (renta fija) y las acciones (renta variable), y también como obligaciones subordinadas, puesto que se sitúan en el orden de prelación por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del emisor, así como de los tenedores de participaciones preferentes y valores equiparables, si bien, por delante de las acciones.

La Sentencia de la Sección 5^a de ésta Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de marzo de 2.013, dice que las obligaciones subordinadas constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la "par conditiocreditorum" sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de la prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas. Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios,



cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación.

No obstante, en el caso de los "Valores Santander", hemos de destacar varias notas que nos llevan a concluir que no nos encontramos ante un producto que conllevara un riesgo sensiblemente más elevado para D^a Milagros quien ya había suscrito antes de los "Valores Santander" otros depósitos bancarios (doc. 1, 2 y 3 de la demanda) circunstancia que permite concluir que conocía las pautas básicas de su funcionamiento, de forma tal que no cabe su confusión respecto de la compra de valores suscrita, pues se trataba de un producto dotado desde un principio de total liquidez, dado que los Valores eran negociables en la Bolsa de Madrid y tenían ventanas anuales de canje voluntario por acciones y por otra parte, el riesgo derivado de su subordinación, vinculado a la insolvencia del emisor se veía en este caso desdibujado por la fuerte y notoria posición dominante de la entidad emisora en el mercado bancario y por el hecho de que, siendo los suscriptores adquirentes habituales de acciones del propio Banco, los Valores quedaban colocados por delante de estas en el orden de prelación. No se entiende que en el caso de los "Valores Santander" se diga que la intención de las demandantes era invertir en un plazo fijo, sino es precisamente porque se puede ver en ello la intención de eludir en el caso de los "Valores Santander" las consecuencias de dicha prelación de éstos sobre las acciones. Es obvio, por tanto, que a diferencia de lo ocurrido con las obligaciones subordinadas colocadas por otras entidades cuya situación en el mercado financiero era mucho más arriesgada en el momento en que emitieron obligaciones subordinadas para obtener crédito, porque necesitaban urgentemente financiación (caso de ciertas Cajas de Ahorro que se han convertido después en Bancos), los "Valores Santander" fueron emitidos por una entidad solvente, que no consta que hiciese la emisión porque se encontrase en una situación "delicada", sino para participar en una OPA que concluyó con pleno éxito.

La parte demandante sostiene que sufrieron error en el consentimiento prestado, pues suscribieron el producto sin ser conscientes de su naturaleza y sus riesgos, y que el contrato es nulo porque se ofreció a unos clientes minoristas para quienes no era adecuado, sin informarles suficientemente del funcionamiento de ese producto y los riesgos que conllevaba. La sentencia apelada concluye que, en este caso, no hubo error en el consentimiento de las suscriptoras, determinado por la falta de información, causante, a su vez, de la nulidad del contrato, y si bien, en los "Valores Santander" se aprecia como riesgo el determinado por la pérdida de valor, no lo es menos que tienen la ventaja, de que durante el tiempo anterior al canje obtuvieron una rentabilidad fija conocida de antemano, y pudieron negociar los Valores en cualquier momento en el mercado de renta fija de la Bolsa de Madrid o haberlos canjeado voluntariamente en las ventanas anuales de cancelación. La parte demandante niega que se les hubiese entregado el tríptico informativo, pero lo cierto es que en la orden de suscripción firmada por ambas, reconocen que se les entregó, siendo así que, en dicho documento se ofrece información acerca de la naturaleza y los riesgos del producto (volatilidad y subordinación) que debemos considerar que resultaba suficiente para unas personas que no consta que tuviesen mermadas sus facultades mentales y máxime teniendo en cuenta el extremo antes recogido de que D^a Milagros ya había suscrito otros depósitos bancarios. No es, por tanto, creíble la versión que ofrecen la parte demandante de que suscribieron el producto en la creencia de que se trataba de un depósito a plazo, porque en la orden de suscripción no aparece el término "depósito" en ninguno de sus apartados y sí sin embargo términos tan elocuentes como "títulos", "valores", "emisor" y el número de los que se adquirirían (24), de modo que, a lo sumo, podrían haber pensado que se trataba de acciones y no de obligaciones convertibles subordinadas, si bien, en ese caso, como ya hemos visto, no habrían asumido, dadas las condiciones del emisor y de la emisión y sus fines, un riesgo sustancialmente mayor que el que habrían asumido de haber suscrito directamente acciones del propio Banco emisor de los títulos, a lo que hemos de añadir que, no obstante, debemos dar por probado que a los suscriptores se les entregó el tríptico informativo en el que se resume, de una forma perfectamente comprensible para personas acostumbradas a invertir no sólo en productos de renta fija, sino también en renta variable, la información sobre un producto que durante un tiempo limitado se comportaba como renta fija, para pasar, después de un lapso temporal, cuya duración máxima no dependía solo de la voluntad del emisor, a comportarse como renta variable, en unas condiciones perfectamente definidas de antemano.

No podemos, por tanto, concluir que en éste caso, incurriesen las suscriptoras en error -menos aún en error inducido por dolo- sobre la naturaleza y riesgos del producto, y en el caso de que lo hubiesen sufrido, el error no sería insuperable, como exige la Jurisprudencia, que viene sosteniendo que para que el error vicie el consentimiento es necesario que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien



lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1999 , 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005 , entre otras). Como tampoco podemos entender que la nulidad del contrato pudiera venir determinada, como pretende la parte demandante, por infracción de las normas sobre el mercado de valores y las de defensa de los **consumidores**, pues el Banco ofreció el producto a persona que había suscrito con anterioridad productos bancarios, estando destinados los "Valores Santander" a convertirse en acciones del propio Banco en un plazo de cinco años, o incluso antes si quería el cliente, no pudiendo exigir al Banco que predijese en aquella fecha, cual iba a ser la tendencia de las acciones al cabo de cinco años, como tampoco consta que ninguna de las cláusulas contractuales fuese oscura o abusiva. Por otra parte, en relación con la pretendida nulidad, hemos de tener en cuenta que a fecha de presentación de la demanda, ya se había producido la conversión obligatoria de los títulos en acciones y que, tal y como se expresa en el dictamen pericial emitido a instancias de la parte demandada, las pérdidas latentes por la variación de la cotización de las acciones Santander no se materializan hasta que se enajenan, pudiendo llegar a recuperarse totalmente o en parte, en función de la evolución de la cotización, y es lo cierto que no consta que las demandantes hayan transmitido sus acciones.

No apreciándose error invalidador del consentimiento, tampoco se aprecia en éste caso incumplimiento por el Banco de su deber de información, susceptible de provocar la resolución del contrato pues, ni en la fase precontractual, ni durante la ejecución del contrato ha omitido obligación alguna de la que se haya derivado un perjuicio para las demandantes que las suscriptoras de los Valores no hubiesen podido prever empleando una mínima diligencia, dado que, como hemos visto, la parte demandante conocía o debía conocer el funcionamiento de los contratos de préstamo a plazo, por haberlos concertado con anterioridad, contratos que se diferencian claramente de aquel cuya nulidad se insta, tanto en su denominación como en su formato y contenido.

Idéntica suerte debe correr la resolución instada por incumplimiento de sus funciones como comisionista, compartiendo el criterio esgrimido por la Juez de instancia en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia recurrida, pues entre las partes, únicamente, se suscribió una orden de valores, agotándose la actuación de la demandada en la comercialización del producto e información de la evolución del mismo, no conllevando el contrato de depósito y de administración de valores (documento nº 5 de la demanda) los deberes específicos de los contratos de asesoramiento o gestión de cartera, conforme al art. 63.1 g) de la Ley de Mercado de Valores de 28 de Julio de 1.988 , tal como se recoge en dicha fundamentación.

Procede, por tanto, desestimar el recurso interpuesto, y en consecuencia confirmar la sentencia apelada.

TERCERO.- Desestimado el recurso, procede imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante (art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto,

FALLO

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por EL Procurador D. Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de D^a. Rosalia y D^a Milagros , contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2013 en los autos de Juicio Ordinario nº 32/2013 tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón , y en consecuencia, CONFIRMAR dicha resolución en su integridad. Con imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

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