



Roj: **SAP IB 305/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:305**

Id Cendoj: **07040370032015100058**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **02/03/2015**

Nº de Recurso: **552/2014**

Nº de Resolución: **58/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS GOMEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00058/2015**

**Rollo núm.: 552/14**

**S E N T E N C I A N.º 58**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Rosa Rigo Rosselló

Doña Catalina Moragues Vidal

En Palma de Mallorca a 2 de marzo de 2015.

**VISTOS** por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Palma de Mallorca, bajo el número 610/13 , **Rollo de Sala número 552/14**, entre partes, de una como demandado-apelante, el Banco de Santander, representado en esta alzada por el procurador de los tribunales don José Campins Pou, dirigido por el letrado don Alejandro Ferreres Comella, y, de otra, como demandantes-apelados, don Juan Manuel y doña Eloisa , representados en este segundo grado jurisdiccional por el procurador de los tribunales don José Castro rabadán, dirigido por la letrada doña Andrea Escandell Leal.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente don Carlos Gómez Martínez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2014 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Estimo íntegramente la demanda formulada por el procurador de los tribunales don José castro rabadán, en nombre y representación de don Juan Manuel y doña Eloisa , contra la entidad Banco de Santander y debo declarar y declaro la nulidad de las órdenes de suscripción de valores de fecha 26 de septiembre de 2007 y la orden de conversión de los valores en acciones del Banco de Santander, así como todos los contratos derivados de aquellos, al concurrir vicio del consentimiento en los actores por causa de error, condenando a las parteas a restituirse recíprocamente las prestaciones debidas, esto es: a) Los actores deberán proceder a la restitución a la demandada de los interese percibidos, fijándose en la cantidad de 12.807,18 euros a la que deberá adicionarse cualquier cantidad derivada de los referidos valores Santander o de las acciones en que



se convirtieron aquéllos, además de la restitución de las 4.629 acciones en que se convirtieron los 12 valores Santander, de los que eran titulares. B) La demandada debe reintegrar a los actores la suma de 60.000 euros además de los intereses devengados por dicha cantidad desde el día 26 de septiembre de 2007 hasta la fecha en que se abona la expresada suma, con la simultánea deducción de los intereses percibidos que se consigna en el punto anterior. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo el 23 de febrero de 2015.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

**PRIMERO.-** La sentencia de primera instancia, declaratoria de la nulidad de las órdenes de compra de deuda subordinada del Banco de Santander suscritas por los actores, es apelada por la entidad bancaria demandada con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) La entidad demandada no omitió su deber de valoración del perfil de los contratantes por no someterles al test de conveniencia puesto que al tiempo de suscripción de las órdenes de compra de autos todavía no se había transpuesto en España la directiva MIFID que establecía su obligatoriedad. El perfil inversor del Sr. Juan Manuel y el de la Sra. Eloisa , en el propio Banco de Santander y la condición de empresario del primero eran suficientes para entender que eran aptos para que fuese de su interés la inversión.

b) No hubo relación de asesoramiento ni de confianza entre el Banco y los actores.

c) La testifical del Sr. Bernardino , empleado del Banco de Santander que intervino en la operación objeto del presente proceso, demostraría que los demandantes fueron debidamente informados de los riesgos de la adquisición de los títulos y, además, los propios compradores reconocieron, al firmar los contratos, la entrega del correspondiente tríptico en el que se contiene la información pertinente, lo que convertiría el error de los actores en inexcusable dado que la atenta lectura de dicho documento hubiese evitado el supuesto error.

d) Como alegación subsidiaria, el apelante sostiene que los demandantes realizaron actos confirmatorios que convalidan el contrato si es que se admitiese la tesis del vicio del consentimiento, actos propios como serían la recepción de información, percepción de intereses e incluso cobraron en efectivo los rendimientos de las acciones del Banco de Santander en que finalmente se convirtieron los "Valores Santander" de autos.

**SEGUNDO.-** Es cierto que en el momento de suscribirse las operaciones de autos (26 de septiembre de 2007) no se hallaba vigente el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero que traspuso a nuestro país la Directiva MIDFID que es la que hace obligatorios los test de conveniencia y de idoneidad.

Pero en el momento de celebrarse ambos contratos de inversión financiera en 2007 sí estaba vigente el código general de conducta de los mercados de valores establecido en el anexo del hoy derogado Real Decreto 629/1993 en concordancia con el artículo 78 de la ley del mercado de valores en su redacción vigente entonces.

En su artículo 4, bajo el título de " *Información sobre la clientela* ", establecía lo siguiente: "1. *Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.* 2. *La información que las entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.* 3. *Las entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes* ".

Por su parte, su artículo 5, rubricado " *Información a los clientes* ", prescribía por su parte lo siguiente: " 1. *Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.* 2. *Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.* 3. *La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar 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. Cualquier*



previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones. 5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida. 7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán: a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes. b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento. c) Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor. d) Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

A su vez, el artículo 79 de la ley del mercado de valores, también en su redacción vigente en el momento de celebrar los contratos de 2007, establecía con carácter más general que " Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:... " entre ellos "... a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado....e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados... ".

Pues bien, toda esta normativa es indicativa de unos estándares de información que son de necesario cumplimiento para que pueda entenderse que se han dado al inversor minorista las claves necesarias para entender las características del producto que adquiere, especialmente de los riesgos que entraña, y son esos estándares -y no la obligación de someter al cliente al test de conveniencia- los que la sentencia de primera instancia considera infringidos, conclusión que esta sala comparte.

**TERCERO.**- Alega la apelante que para la suscripción de los títulos de autos sí se tuvo en cuenta el perfil de don Juan Manuel en un doble sentido, por una parte, era empresario y administrador de una sociedad y, por otro lado, el propio Sr. Juan Manuel y su esposa habían invertido en títulos del Banco de Santander que suponían un riesgo semejante a la deuda subordinada de autos.

Ha quedado acreditado en autos que don Juan Manuel fue Administrador de una empresa de transporte, pero respecto de esta alegación han de hacerse las siguientes precisiones:

a) Según el documento obrante al folio 294, el Sr. Juan Manuel ostentó el cargo de administrador de "Tranportes Cor S.L." desde el 13 de febrero de 1990 hasta el 28 de octubre de 1993, con lo que la supuesta experiencia empresarial habría sido corta, y muy anterior a la suscripción de los contratos de autos.

b) La demandada afirma, aunque no ha desarrollado actividad probatoria acreditativa de este dato, que el Sr. Juan Manuel era un conductor de camión. En cualquier caso, si es relevante el dato de que en el momento de suscribir los contratos de adquisición de los productos financieros de autos el demandante se hallaba jubilado y tenía 78 años de edad.

c) La condición de empresaria en modo alguno podría predicarse de la otra demandante Sra. Eloisa .

Por lo que se refiere a la alegada experiencia inversora de los demandantes, han de tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La deuda subordinada es un producto financiero híbrido de capital y, como tal, incluido dentro del ámbito material del artículo 2.2 de la Ley del Mercado de Valores . Dicho precepto dispone que son instrumentos financieros " los contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos o instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que pudieran liquidarse en especie o en efectivo ". Pues bien, no hay constancia de que los productos de Banco de Santander adquiridos por los demandantes antes de que suscribiesen las órdenes de compra impugnadas, a los que se refiere el apelante en su escrito de interposición del recurso como indicativos de su experiencia financiera, presentasen el mismo grado de "complejidad" en el sentido de dificultad para entender su funcionamiento y riesgos, que la deuda subordinada la nulidad de cuya adquisición es la que se pretende en este proceso. Así, las acciones del Banco de Santander anteriormente adquiridas por los demandados no son productos complejos, susceptibles de



ser incluidos en el artículo 2.2. de la Ley del Mercado de Valores ; algunas las participaciones en fondos de inversiones, según reconoce el propio apelante, garantizan la devolución de la inversión y las que implican riesgo de pérdida del capital invertido, lo hacen en distinto grado y nivel.

b) La parte demandada apelante da gran importancia a la declaración en juicio del empleado del propio banco de Santander Don. Bernardino quien manifestó que todos los fondos de inversión ofrecidos al Sr. Juan Manuel representaban riesgos de pérdida del capital, pero dichas manifestaciones han de ser valoradas con reservas habida cuenta de los vínculos del testigo con la demandada; que no podía lógicamente esperarse que el testigo pusiese en cuestión su actividad profesional atribuyéndose una mala praxis por defectuosa información a los clientes; y además, que el mismo apelante nos está diciendo en su escrito de interposición del recurso que alguno de los fondos en los que invirtieron los hoy actores no suponían riesgo de pérdida del capital, lo que entra en contradicción con los términos absolutos en que se expresó el testigo.

c) Para la comprensión y correcta valoración del producto de autos se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general por cuanto, la clientela habitual de un banco comercial conoce los productos típicamente bancarios que venían siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país (contratos de depósito, cuenta corriente, préstamo, o fondos de inversión, etc.), pero le resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener sobre productos complejos movimientos bruscos en los mercados.

Con relación a este punto suele citarse la sentencia del Tribunal Supremo Alemán (BGH) de 22 de marzo de 2011 señala que el hecho de que el cliente tenga una licenciatura en economía no comporta que conociese los riesgos de un producto financiero complejo y tampoco que estuviese dispuesto a asumirlos.

**CUARTO.-** La alegación segunda del recurso va dirigida a resaltar que la entidad bancaria demandada no habría prestado un servicio de asesoramiento.

Sin embargo, lo que determina la conducta informativa legalmente impuesta a la entidad bancaria no solo depende del tipo de relación jurídica que se establezca entre ésta y el inversor -comercialización o asesoramiento - sino también, y de modo esencial, del perfil del cliente. Al ser los actores inversores minoristas, la protección es máxima cuando, además, los productos que se les vendían eran complejos como los de autos, y ha de prestárseles toda la información a la que se refiere la normativa vigente al tiempo de celebrarse el contrato, a la que más arriba se ha hecho referencia, de modo que si no se alcanzan dichos estándares de transparencia en la operación, el consentimiento ha de entenderse viciado.

Como ha dicho la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2014 , en estos casos en que no hay asesoramiento, " *el deber que pesaba sobre la entidad financiera era cerciorarse de que esta cliente minorista, directamente o a través de su propia asesora financiera, conocía bien en qué consistía lo que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto* " .

**QUINTO.-** La parte apelante sostiene que los actores recibieron el tríptico informativo de los "Valores Santander" porque así se hizo constar en la correspondiente cláusula de las órdenes de compra que suscribieron y transcribe en su escrito de interposición del recurso párrafos enteros de dicho documento que, a su juicio, demostrarían que la información suministrada era clara y precisa.

No es esta, sin embargo, la lectura que hace el tribunal del contenido del tríptico informativo. Así:

a) Al describir en qué consiste la emisión se indica que se trata de una " *emisión sin rating* ", expresión cuyo significado permanece oculto para la sala.

b) En ninguno de los dos posibles escenarios de futuro que se dibujan se indica que la pérdida del capital es posible.

c) Cuando se informa de la posibilidad de que el emisor no pague remuneración no se alude al escenario todavía peor que es no solo el de pérdida de la remuneración sino el de pérdida del capital invertido, omisión de la posibilidad más perjudicial para el inversor minorista que puede llevar a éste a pensar que la misma no existe.

d) Cuando se menciona "de forma, según el apelante, "prolija" los riesgos (páginas 16 a 20) no se incluye expresamente, el de pérdida del capital invertido. Es más, el recurrente sugiere que dicha información si se dio al indicar en los "ejemplos teóricos de rentabilidad" que uno de ellos (el 2) es que " *no se pague remuneración en ningún período de devengo. Canje y conversión voluntario 19/10/2008. Precio venta acción Santander €11,5. TAE -21,07%* ". Pero, como vemos se alude a un TAE negativo (cobro de intereses negativo) y se elude la referencia expresa a la pérdida de capital que es un tema no relacionado con los intereses (como sugiere la información) sino con el principal entregado por el inversor minorista al Banco.



**SEXTO.-** Las sentencias de esta sala de 1 de abril de 2014 y 16 de julio de 2014 rechazan la tesis de la convalidación del contrato por actos propios de los contratantes, invocada también en el recurso como motivo de subsidiario de impugnación.

En dichas sentencias ya decía este tribunal que: " *De conformidad con lo establecido en el artículo 1.309 del Código Civil la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente. Según dispone el artículo 1.311 del mismo Código Civil, la confirmación puede hacerse expresa y tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo* ".

Y que: " *En interpretación de este precepto, ha señalado la doctrina jurisprudencial que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc ( Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1.980, 4 de julio de 1951, 15 de febrero de 1.995, 12 de noviembre de 1.996, 21 de julio de 1997 )* .

En el caso de autos los supuestos actos de confirmación -recepción de información, remuneración y cobro en efectivo de los rendimientos de las acciones del Banco de Santander - se produjeron cuando el contrato se hallaba afectado por la causa de nulidad, o error vicio del consentimiento, por lo que no pueden tener efecto sanatorio del contrato.

**SÉPTIMO.-** Dado lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se acuerda la pérdida del depósito consignado para recurrir.

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don José Luis Campins Pou, en nombre y representación del Banco de Santander contra la sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2014 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Palma de Mallorca, en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

En consecuencia, se confirma en todos sus extremos dicha resolución, con expresa imposición al apelante de las costas de esta alzada, y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.