



Roj: **SAP O 852/2015 - ECLI:ES:APO:2015:852**

Id Cendoj: **33024370072015100103**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **06/04/2015**

Nº de Recurso: **383/2014**

Nº de Resolución: **116/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL TERAN LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00116/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON

N01250

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

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2013 0009502

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000383 /2014

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000839 /2013

Recurrente: Victorino

Procurador: JORGE MANUEL SOMIEDO TUYA

Abogado: MARCELINO TAMARGO MENENDEZ

Recurrido: BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A. (GRUPO SANTANDER)

Procurador: ABEL CELEMIN VIÑUELA

Abogado: JUAN JOSE DAPENA DEL CAMPO , JAVIER DAPENA ÁLVAREZ-HEVIA

SENTENCIA Núm. 116/2015-

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADOS: DOÑA MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ

DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ.

En GIJÓN, a treinta y uno de Marzo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sed en GIJÓN, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 839/2013, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJÓN, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) nº 383/2014, en los que aparece como parte apelante, DON Victorino , representado por el Procurador de los tribunales,



Sr. JORGE MANUEL SOMIEDO TUYA, asistido por el Letrado D. MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ, y como parte apelada, BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A. (GRUPO SANTANDER), representado por el Procurador de los tribunales, Sr. ABEL CELEMÍN VIÑUELA, asistido por el Letrado D. JUAN JOSE DAPENA DEL CAMPO y D. JAVIER DAPENA ÁLVAREZ-HEVIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 13 de Mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Jorge Manuel Somiedo Tuya, en nombre y representación de Victorino , contra BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. (ahora BANCO SANTANDER S.A.), debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en la misma, imponiendo al demandante las cosas causadas en este procedimiento".

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DON Victorino , se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 9 de Diciembre de 2014.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado **DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita el demandante, D. Victorino frente a la entidad Banco Español de Crédito, S.A. (hoy Banco Santander, S.A.), en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de apelación, acciones acumuladas por las que pretende, con carácter principal, que se declare la nulidad del contrato financiero a plazo establecido entre las partes por haberse dado en su comercialización falta de consentimiento e inexistencia de causa o causa torpe, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad de dicho contrato con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos, y el precio con los intereses, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, o subsidiariamente, se declare la anulabilidad del contrato financiero a plazo establecido entre las partes al concurrir un vicio en el consentimiento llevando consigo los efectos previstos en el anterior apartado, o subsidiariamente, se declare la responsabilidad contractual de la entidad financiera demandada por el incumplimiento de sus obligaciones para con el actor y se la condene a reintegrarle las cantidades perdidas por la deficiente comercialización, gestión y seguimiento del producto objeto de nulidad en este proceso, cantidades que pueden deducirse como perjuicio económico conforme al informe pericial aportado como documento nº 8, más los intereses devengados; y conjuntamente a lo anterior se declare la obligación de resarcir los daños y perjuicios que al amparo del artículo 1101 del Código Civil le ha causado la entidad financiera al demandante y que vienen definidos y limitados en dicho informe pericial.

La Sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta, con imposición de costas a los actores. Frente a dicha resolución se plantea el presente recurso, en que se alega infracción de los arts. 316 , 326 , 348 y 376 de la LEC y 24 de la CE , por error patente en la valoración de dichos medios de prueba, infracción de la normativa aplicable sobre la falta de cumplimiento del deber de información que pesa sobre las entidades financieras en la contratación de esta clase de productos; infracción del art. 217 de la LEC , al desestimar la demanda cuando la parte demandada ha incumplido su carga probatoria, e infracción del art. 394.1 de la LEC al condenar en costas a esa parte, cuando el caso presenta serias dudas de hecho y de derecho.-

SEGUNDO.- En el presente supuesto, D. Victorino suscribió con la entidad Banco Español de Crédito, S.A., en fecha 8 de noviembre de 2007 un contrato financiero a plazo, con una duración de tres años a contar desde el 12 de noviembre de 2007, y partiendo de un importe nominal de 110.000 euros y de un valor subyacente constituido por las acciones del Banco Santander, con un precio inicial fijado el 9 de noviembre de 2007 y una barrera del 90% del mismo. Se estipulaba que al cumplirse el primer año, el 12 de noviembre de 2008, si el precio del valor subyacente, determinado el 5 de noviembre, era igual o superior a la barrera (90% del precio inicial), se producía el vencimiento anticipado del contrato, el cliente percibía una remuneración del 7,50% del importe nominal y se le reintegraba este último, en otro caso, el contrato seguía vigente y percibía la referida remuneración. Idéntica situación se producía al alcanzar la segunda anualidad, el 12 de noviembre de 2009, vencimiento anticipado del contrato en las condiciones señaladas, o su continuidad percibiendo una remuneración del 7,50%. Llegado el vencimiento, el 12 de noviembre de 2010, si el precio del valor subyacente, determinado el 5 de noviembre de 2010, fuese igual o superior a la barrera (90% del precio inicial), se devolvía el



nominal invertido con una remuneración del 7,50% sobre dicho importe, pero si fuese inferior recibía la misma remuneración pero no se le devolvía el importe nominal sino su equivalente en acciones del Banco Santander.

En ninguna de las anualidades el precio del valor subyacente de las acciones del Banco Santander fue igual o superior a la barrera, inferior al 90% del precio inicial determinado en 14,78 €, por lo que el cliente percibió durante los tres años unos intereses del 7,50% sobre el nominal invertido, y llegado el vencimiento del contrato, lo que recibió no fue el capital sino acciones del Banco Santander, cuyo precio inicial se habla ajustado en 13,780 euros fruto de una ampliación de capital habida en el año 2008, esto es, 7.982 acciones que, teniendo entonces un valor de cotización de 8,50 euros por acción, equivalían a un total de 67.847 euros, en lugar de los 110.000 euros invertidos.

Los tres motivos del recurso, al margen de la posible existencia de dudas de hecho y de derecho, se articulan conjuntamente por el recurrente, analizando la no aplicación de la normativa de **consumidores** y usuarios que realiza la sentencia de instancia al considerar la operación de naturaleza especulativa, que el producto fue ofrecido desde la propia entidad mediante un previo asesoramiento, se trata de un producto complejo, la falta de información y la inversión de la carga de la prueba.

Lo que debe analizarse es si hubo o no un vicio en el consentimiento del recurrente al suscribir un producto financiero complejo, para lo cual debe tenerse en cuenta dos factores sustanciales cuales son el cumplimiento del deber de información al cliente por parte de la entidad bancaria, conforme a la normativa vigente en ese momento (anterior a la reforma de la LMV como consecuencia de la normativa MIFID), y analizar el perfil y características del suscriptor, tal como se ha puesto de manifiesto en la Sentencia de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, en relación a la suscripción de un swap y las Sentencias de 8 y 9 de septiembre de 2014 en relación a la adquisición de acciones preferentes.-

TERCERO.- No cabe duda de que la previsión legal del deber de información al cliente por parte de la entidad bancaria se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error que debe recaer sobre el objeto del contrato, y que en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la conversión de los bonos suscritos en acciones del Banco Santander. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos o productos financieros, necesariamente ha de incluir " *orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos* ", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero (STS de 20 de enero de 2014).

Si bien debe precisarse por una parte que el incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo y que 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 (STS de 7 de julio de 2014).

Se sostiene en la demanda que fue la entidad demandada quien ofreció al actor el producto contratado el cual se ajustaba en parte a sus expectativas de invertir en un depósito de alta remuneración y por un plazo de tres años, pero que sufrió error en el consentimiento prestado, pues lo suscribió sin ser consciente del riesgo asociado de perder todo o parte del dinero invertido, al no haber sido debidamente informado.

Comparte esta Sala la valoración de la prueba que se realiza en la Sentencia de instancia, tanto de la documental aportada, como de lo manifestado por D. Victorino en su interrogatorio, ya que reconoció que acudió a la entidad bancaria al objeto de que le informaran de como reinvertir los 110.000 euros procedentes de un fondo de inversión suscrito previamente y si bien manifestó que pensaba que lo suscrito era un depósito a plazo a tres años y con un interés del 7,50% anual, también reconoció que en el banco le insistieron en varias ocasiones sobre la existencia de una barrera, si bien manifiesta que no entendió lo que significaba, lo cual viene refrendado en la testifical de las dos empleadas que intervinieron en la contratación del producto, quienes señalaron que se le ofreció al actor tanto depósitos a plazo fijo como fondos de inversión que rechazó por su escasa rentabilidad, inclinándose por suscribir el contrato financiero a plazo, del que se le informó de la posibilidad de cancelación anticipada en determinadas circunstancias y que en caso de que alcanzada la tercera anualidad el precio del valor subyacente era inferior recibiría acciones por un valor inferior al capital invertido, que no hubo unidad de acto entre la información y realización de los test de conveniencia e idoneidad y la suscripción del contrato y que fue el demandante quien eligió el valor subyacente en acciones del Banco Santander de entre los cuatro que se le ofrecieron.



Así las cosas, no puede decirse que se haya suministrado una información insuficiente a la vista de que se le entregó una orden de contratación donde se detallan y destacan las condiciones, características y funcionamiento del producto en condiciones inteligibles y aptas para comprender su verdadera naturaleza, no resultando creíble la versión de que se trataba de un mero depósito a plazo, ya que precisamente D. Victorino rechazó dicho producto por considerar que era de baja rentabilidad, reconoce que se le habló en varias ocasiones de la existencia de barreras, escogió cual debía ser el valor subyacente de entre aquellos que se le ofrecieron y como analizaremos posteriormente había suscrito numerosas acciones entre ellas del propio Banco Santander, sin que resulte creíble su afirmación de que no leyó ninguno de los documentos que suscribió ni los tests realizados.-

CUARTO.- Por lo que refiere al perfil del suscriptor, si bien debe admitirse que el mismo deben ser considerados como cliente minorista, también lo es que aun cuando considerásemos insuficiente la información suministrada por la entidad financiera, de este solo dato no podemos concluir en la existencia de un error esencial, excusable e invencible, capaz de provocar la nulidad, ya que el error no ha de ser 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. Y además debe tratarse de un error sustancial sobre el objeto del contrato, cual es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto.

De la prueba practicada se desprende que el firmante había suscrito acciones de varias compañías que cotizaban en bolsa, Antena 3, Telefónica Móviles, Endesa y acciones de Banesto y del propio Banco Santander, adquiridas estas últimas seis meses antes de la suscripción del contrato financiero a plazo, así como varios fondos de inversión, productos complejos de alto riesgo, tales como Banesto Mixto RV50/50, FI -con posibilidad de pérdida del 50% suscrito-, Santander Dividendo Europa FI -con posibilidad de pérdida del 100% suscrito- y Santander Baniff Inmobiliario, así como un seguro financiero con Mapfre y reconoció en su interrogatorio que suscribió otro producto complejo con el BBVA, refiriendo que le hicieron una faena y que le tuvieron que devolver el dinero. Sin que resulte creíble su afirmación en la prueba de interrogatorio de que no leyó ninguno de los documentos que suscribió, orden de contratación, contrato, ni los tests que le realizaron, a la vista del resto de productos suscritos.

Como ya indicábamos la Sentencia de Pleno del TS de 20 de enero de 2014 destaca la necesidad de que no sólo haya un defecto de información imputable a la entidad para con el cliente, sino que aquella le haya causado a éste una representación equivocada sobre la naturaleza y riesgos del producto capaz de producirle un error esencial y excusable, lo que se analiza en función del conocimiento del afectado en cada caso, así se lleva a cabo en la STS de 8 de septiembre de 2014, por lo que en consonancia con la misma, debe considerarse que D. Victorino tenía un perfil de inversor de riesgo avanzado, equivalente al de inversor profesional, ya que estaba familiarizado desde años anteriores en la suscripción de productos complejos o de mayor rentabilidad y, consiguientemente, de mayor riesgo, fondos de inversión de riesgo elevado; por lo que no cabe apreciar la reseñada asimetría informativa, en atención a sus conocimientos y experiencia, y conforme concluye la Sentencia de instancia no cabe apreciar la existencia de un error esencial invalidante del consentimiento y en consecuencia hemos de rechazar la acción de nulidad planteada.-

QUINTO.- El último motivo del recurso versa sobre la imposición de costas en primera instancia alegando la existencia de dudas de hecho y de derecho que justificarían su no imposición conforme lo establecido en el art. 394 de la LEC .

Como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 2010, el inciso final del art. 394.1 de la LEC, supone transformar el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado configurado como una facultad del juez, discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes; y asimismo hemos precisado en numerosas ocasiones, así en nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2014, que no es suficiente para impedir la condena en costas que se invoque la mera existencia de dudas, sino que éstas han de ser "serias", objetivas y suponer un plus de incertidumbre al que normalmente se suscita en toda contienda judicial.

En el presente supuesto en el recurso se transcriben varias resoluciones judiciales sobre esta materia, pero en el mismo no se concretan cuales pueden ser las dudas de hecho que concurren en el presente supuesto, que supongan una gran dificultad para determinar la realidad de los hechos o circunstancias que fundamentan la pretensión.



Y por lo que se refiere a la existencia de posibles dudas de derecho, aun cuando es cierto que existen resoluciones que han estimado las pretensiones anulatorias en este tipo de productos, también lo es que conforme a lo ya razonado, debe examinarse caso por caso las circunstancias concurrentes tanto en lo que se refiere a la obligación de la entidad bancaria de información al cliente, como los caracteres o perfil de éste y los términos en que se plasma la relación contractual, con relación al aludido deber de información; así como esta Sala ya ha sentado un claro criterio sobre la naturaleza del producto y los parámetros que deben valorarse, así en nuestras Sentencias de 27 de marzo , 4 de abril , 14 y 29 de octubre y 22 de diciembre de 2.014 , por lo que no cabe apreciar la existencia de dudas de derecho, debiendo mantener la imposición de costas realizada en la Sentencia de instancia.-

SEXTO.- En cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia deben imponerse a la parte recurrente al desestimarse el recurso conforme al art. 398 de la LEC .-

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación

FALLO

LA SALA ACUERDA : DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Victorino contra la Sentencia de fecha 13 de Mayo de 2014, dictada en los autos de Procedimiento Ordinario nº 839/2013 que se siguen en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Gijón , que debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS en todos sus pronunciamientos, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

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