



Roj: **SAP TF 283/2015 - ECLI:ES:APTF:2015:283**

Id Cendoj: **38038370032015100090**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **18/05/2015**

Nº de Recurso: **643/2014**

Nº de Resolución: **141/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MODESTO VALENTIN ADOLFO FERNANDEZ DEL VISO BLANCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección Tercera de la Audiencia Provincial

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 56

Fax. 922 208656

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000643/2014

NIG: 3800642120130002654

Resolución: Sentencia 000141/2015

Procedimiento origen: Proc origen: Procedimiento ordinario

Nº proc origen: 0000351/2013-00

Órgano origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arona

Intervención:

Apelado

Apelante

Interviniente:

Banco Santander S.A.

Aquilino

Abogado:

Jose Miguel Velásquez Perelló

Procurador:

Javier Hernández Berrocal

Fatima Esther De Armas Castro

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MODESTO FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO

Magistradas:

D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

D^a. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a dieciocho de mayo de dos mil quince.

Visto por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario n° 351/2013, seguidos ante el juzgado de Primera instancia n° 5 de Arona, promovidos por D. Aquilino , representado por la Procuradora D^a. Fátima Esther de Armas Castro, y asistido por el Letrado D. José Miguel Velázquez Perelló, contra la entidad mercantil Banco Santander, SA., representado por el Procurador D. Javier Hernández Berrocal, y asistido por el Letrado D. Sergio Sánchez Gimeno; han pronunciado, en nombre de SM. EL REY. la presente sentencia:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados el Ilmo. Sr. Magistrado Juez D. Sergio Calle Pérez, dictó sentencia el día veintinueve de julio de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente;

"Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada a instancia de D. Aquilino , dirigido por el Letrado D. José Miguel Velázquez Perelló y representado por el procurador D^{ña}. Fatima de Armas Castro contra la entidad Banco Santander S A, dirigida por el letrado D. Sergio Sánchez Gimeno y representada por el procurador D. Javier Hernández Berrocal sin declaración de costas para ninguno de los litigantes".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado por la contraria, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo; personándose oportunamente la parte apelante por medio de la Procuradora D^a. Fátima Esther de Armas Castro, asistida del Letrado D. Miguel Velázquez Perelló, la parte apelada se personó por medio del Procurador D. Javier Hernández Berrocal, asistida del Letrado D. Sergio Sánchez Gimeno; señalándose para deliberación, votación y fallo el día seis de mayo del corriente año.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente D. MODESTO FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento, la sentencia de la primera instancia desestimó la demanda en la que se dedujo una acción principal de nulidad del contrato denominado "Valores Santander", perfeccionado entre las partes, nulidad de pleno derecho por ausencia de los requisitos del art. 1261 del Código Civil y por infracción de la normativa imperativa de aplicación, y, subsidiariamente, por vicio de consentimiento, por infracción del deber de información con carácter previo a la contratación, que genera ausencia, carencia o indeterminación del objeto, inexistencia de causa o causa ilícita; considerando el demandante que sufrió un error invalidante, y, también subsidiariamente, por incumplimiento contractual; resolución contra la que se alza el demandante en defensa de sus pretensiones iniciales.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida expresa esencialmente, en síntesis, que no concurre error en el consentimiento, porque en el documento numero 2 de la demanda se firma haber recibido el tríptico informativo y este facilita toda la información detallada; que el documento numero 4 de la contestación a la demanda facilita el perfil del actor al indicar los diversos fondos de inversión contratados por el actor con la entidad demandada, destacando el fondo Santander RV Norteamérica, el fondo Santander Tecnológico, el fondo Santander Internacional Acciones, y el fondo Santander Rendimiento Clase B, productos más complejos que el de autos y que podría haber proveído los posibles riesgos empleando unas mínima diligencia; y que respecto de la ausencia de fecha en el contrato no es un requisito esencial conforme el art. 1.261 del Código Civil , y a mayor abundamiento se desprende del documento numero 3 de la contestación a la demanda, relativo a los movimientos de la cuenta asociada a los valores.

TERCERO.- Respecto de la naturaleza y finalidad del contrato, como ya referimos en la sentencia de esta Sala de 28-11-2014 , según explicó la entidad que confeccionó el producto, y se plasma, en síntesis, en el tríptico informativo, en el contrato se contemplaban dos escenarios posibles, según llegara a término o no la compra del Banco ABN Amro, mediante a la emisión de la OPA sobre dicha entidad, operación de compra para cuya financiación fue diseñado el producto denominado "Valores Santander", especificándose que si llegado el



día 27 de julio de 2008, el consorcio en el que se integraba el Banco Santander no adquiriría ABN Amro, los valores serían un valor de renta fija con vencimiento a un año con una remuneración al tipo del 7,30% nominal anual hasta el 4/10/2008, y Euribor+2,75 desde dicha fecha, sobre el valor nominal de los valores y serían amortizados en dicha fecha en efectivo con reembolso de su valor nominal (5.000 euros) y remuneración al 7,30%; y si antes del 27 de julio de 2008, se llegaba a adquirir ABN Amro mediante la OPA, los valores serán necesariamente canjeables por el Banco por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias de nueva emisión del Banco Santander, que se obliga a suscribir en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008, en cuyo caso, no hay reembolso del nominal en efectivo, de modo que los inversores reciben acciones Santander cuando tenga lugar el canje, al ser simultáneos el canje de los valores y la conversión de los valores convertibles; de donde el objeto del contrato estaba perfectamente determinado y no puede considerarse que la causa del contrato sea ilícita, de acuerdo con la reciprocidad de las prestaciones.

En el supuesto sometido a revisión, puesto que el contrato propiamente no se niega, en virtud de la firma de la orden de compra de los valores Santander, lo que resulta de todo lo actuado es que no se ha demostrado en el procedimiento con el rigor exigible la concurrencia de las causas de nulidad ni de anulabilidad articuladas en la demanda, como tampoco de incumplimiento contractual, pues la convicción que se alcanza que es que respecto de la asunción del riesgo contractual, en esta modalidad de contrato, en lo que reside en realidad el núcleo del litigio, dicho riesgo podía ser conocido por el demandante, **consumidor** de diversos productos bancarios, de inversión de cierto riesgo, incluso parece que de mayor riesgo que el de litis, como demostró la entidad demandada con la contestación, y no hay ningún dato del que pueda inferirse que se le hubiera inducido a equivocación en tal sentido, para lo que no se aprecia que fuera necesario ser experto en disciplina financiera para poder comprender el contrato con la suficiencia necesaria para integrar un consentimiento válido, pues ya de la lectura del contenido del contrato, como incluso también de la explicación contenida en el tríptico que se le entregó al efecto, lo que puede inferirse es la comprensión del objeto del contrato, y de los riesgos conformes a la naturaleza del producto, comprensiva de la nota de aleatoriedad similar a la de otros productos contratados por el actor, sobre lo que nos extenderemos más adelante.

En relación con la normativa del sector, la normativa MIFID, que se invoca por el actor, fue introducida por la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, que no fue de directa aplicación en el ordenamiento jurídico español hasta su transposición, lo que se llevó a cabo mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre de 2007, y el contrato es de septiembre de 2007; y han de considerarse sustancialmente cumplidas las exigencias derivadas de la normativa aplicable en aquel momento, el RD 629/1992, sobre, normas de actuación en el mercado de valores, así como la normativa entonces vigente sobre el deber de información, constituida por el art. 79.1 de la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007; pero, además, el producto "Valores Santander" es un producto no exento de riesgo y de una cierta complejidad, pero no es un producto tan complejo que, en sus aspectos fundamentales, no pueda ser comprendido por alguien no experto, a la vista de la documentación que firmaba y la complementaria que se le entregaba, el tríptico, no podía desconocer que no estaba contratando un plazo fijo y que asumía un riesgo derivado de la conversión de los valores en acciones al cabo de los cinco años en el supuesto de que prosperase la compra de la entidad ABN Amro.

CUARTO.- Respecto de la petición de anulación por vicio de consentimiento, por error, puesto que, según reitera la jurisprudencia en orden a los requisitos establecidos en el art. 1261 del Código Civil, el consentimiento de los contratantes es un acto de voluntad que ha de ser claro e inequívoco (CSSTS de 3-6-1968 y 13-3-1 991, por ejemplo), y la jurisprudencia consolidada en relación con la nulidad del consentimiento prestado por error que prescribe el art. 1265 del Código Civil y los requisitos que establece el art. 1266 para que el error invalide el consentimiento, determina, como explica la paradigmática STS de 14-2-1994, que el error ha de reunir dos requisitos fundamentales, que se* esencial y que, aparte de no ser imputable al que lo padece, que sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció, y teniendo presente, la doctrina sentada por la STS, del Pleno, de 20-1-2014, en la que después de decir que "El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error", y que "por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que 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", en este sentido, la conclusión



lógica más razonable es la que conduce a apreciar la falta de concurrencia en el caso de litis de un error esencial y excusable, como tampoco la existencia de incumplimiento del deber de información por parte de la entidad financiera, porque si el empleado del Banco en su testimonio relata que tuvieron varias reuniones para hablar del producto, para explicárselo, y en el documento relativo a la orden de suscripción, se expresa que el cliente recibió el tríptico informativo del producto, lo que corrobora este en el documento de suscripción -tras haber sido informado de las características y riesgos del producto, se dice en este documento-, lo que resulta es que la negativa del actor respecto de la entrega del tríptico y la prestación de la información relativa, deviene gratuita, porque el resultado de estas dos pruebas relacionadas es contrario a dicha negativa, revelándose que esta apreciación de la prueba es la que se ajusta a las reglas de la lógica; de tal modo que si bien el ofrecimiento del producto al cliente, implica su asesoramiento, no resulta acreditado que fuera deficiente o inadecuado a la conveniencia del cliente, y en este caso, resulta casi innecesaria, dada la práctica del cliente en la contratación de productos financieros, y respecto de este testigo, cuya parcialidad para el recurrente está implícita en las alegaciones del escrito de interposición, porque nada específico expresa respecto del resultado de esta prueba en dicho escrito en relación concreta con la entrega del tríptico, reduciéndose, como se dijo, a negar la entrega del mismo, debe recordarse que el art. 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado, siendo de señalar, una vez más, que ni siquiera la tacha impide al Juzgador estimar, en todo o en parte, las declaraciones de los testigos (Cfr. STS de 23-11-90 , por ejemplo), debiendo recordarse que la apreciación de la prueba por el tribunal se realiza de conformidad con el principio de libre valoración (art. 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ajustándose a las reglas de la lógica, y tomando en consideración la relevante razón de conocimiento de la testigo, y siendo el testimonio prestado firme, concluyente y sin fisuras, difícil es oponer, sin desvirtuar el demérito de lo relatado, el hecho de que se trate de testimonio de persona interesada o afectada, porque desde la óptica de la entidad financiera, lo testimoniado se constituye en prueba normal relativa la práctica de la contratación, y lo relevante es su razón de conocimiento, evidente en este caso; por lo que ni siquiera se encuentran motivos sólidos para la resolución del contrato, que también se pide, lo que no deja de ser una incoherencia de la demanda, porque el Banco ha dado exacto cumplimiento a los términos del contrato firmado y porque no se aprecia infracción de los deberes de información exigibles al tiempo de la contratación, pues es preciso que el demandante proporcione un soporte probatorio del máximo rigor, presupuesto fáctico cuya existencia no puede tenerse por acreditada, también porque la supuesta deficiencia o equivocidad de la información podía ser salvada con una diligencia normal, ya que no hay elementos de prueba consistentes que proporcionen la convicción de que el contratante no era capaz de efectuar una diferenciación tan escasamente compleja como la relativa a un depósito a plazo fijo respecto de unos bonos u obligaciones convertibles en acciones, y conocer y asumir el riesgo implícito en estos valores, como antes se dijo, que, en principio, son un producto comprensible y asequible a cualquier persona aunque no tenga formación financiera, antes al contrario, habiendo de reputarse al actor, de conformidad con la prueba analizada, como un cliente con práctica inversora en productos financieros de riesgo, de tal modo que, en realidad, deviene irrelevante en este caso la determinación exacta de la información prestada por la entidad y su recepción por el cliente, y desde luego, también incluso de la percepción del desarrollo del producto, de óptima rentabilidad hasta su prevista-conversión en acciones, siendo al final cuando se muestra el disenso, no puede concebirse que este cliente no conociera el riesgo propio del producto.

En consecuencia, todas las consideraciones precedentes conducen a la confirmación de la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar en más planteamientos por carecer de relevancia, puesto que las consideraciones hasta aquí desarrolladas son las que se estiman pertinentes y relevantes para resolver.

QUINTO.- Las consideraciones precedentes conducen a la desestimación del recurso de apelación interpuesto, pero, no obstante, no se estima procedente hacer imposición expresa de las costas causadas en la alzada, como tampoco fueron impuestas en la primera instancia, en atención incluso a las dudas de hecho, y también de derecho, suscitadas en relación con las cuestiones debatidas, de conformidad con la excepción primera prevista en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y con lo dispuesto en el art. 398 de la misma Ley .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Aquilino , contra la sentencia dictada el día veintinueve de julio de dos mil catorce, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Arona , en los autos de Juicio Ordinario núm. 351/2013, confirmando la sentencia recurrida, sin hacer imposición expresa de las costas del recurso.



Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ ., si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.30 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por Infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Una vez sea firme la anterior resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Así por esta, nuestra sentencia, definitivamente juzgado en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. que la firman y, leída ante mí por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-