



Roj: **SAP TF 1889/2015 - ECLI:ES:APTF:2015:1889**

Id Cendoj: **38038370032015100255**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **04/12/2015**

Nº de Recurso: **380/2015**

Nº de Resolución: **367/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PADILLA MARQUEZ**

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 208655

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000380/2015

NIG: 3800642120130005207

Resolución: Sentencia 000367/2015

Proc. Origen: Procedimiento ordinario Nº proc. Origen: 0000639/2013-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Arona

Intervención:

Apelante

Apelante

Interviniente:

Carlos José

Banco Santander SA

Abogado:

Jose Miguel Velásquez Perelló

Procurador:

Fatima Esther De Armas Castro

Javier Hernández Berrocal

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MODESTO FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO

Magistradas:



D^a. MARÍA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ

D^a. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a cuatro de diciembre 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° 639/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Arona, promovidos por D. Carlos José , 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 DE SANTANDER, S.A, representada por el Procurador D. Javier Hernández Berrocal, y asistido por el Letrado D. Alejandro Ferreres Comella; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY, la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada Juez D^a. Ana María Martín-Nieto Martín, dictó sentencia el 27 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "DESESTIMO íntegramente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Doña Fátima Esther de Armas Castro, en nombre y representación de DON Carlos José , frente a BANCO SANTANDER, representado por el Procurador de los Tribunales Don Javier Hernández Berrocal, y en su virtud le ABSUELVO de los pedimentos frente a él deducidas, con imposición de las costas a la parte actora."

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, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Que 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, bajo la dirección del Letrado D. José Miguel Velázquez Perelló, la parte apelada se personó por medio del Procurador D. Javier Hernández Berrocal, bajo la dirección del Letrado D. Alejandro Ferreres Comella; señalándose para deliberación, votación y fallo el día dos de diciembre del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. MARÍA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ, Magistrada de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia desestima la demanda en la que el actor insta, con carácter principal, la nulidad de pleno derecho y, subsidiariamente, la anulación o la resolución del contrato por el que ordenó, a la entidad bancaria, la suscripción de Valores Santander por importe de 30.000 euros. Recurre el actor, quien, en definitiva, alega la errónea valoración de la prueba en orden a estimar la existencia de los elementos contractuales sin vicio alguno invalidante, y la indebida apreciación de la normativa aplicable. El apelado se opone al recurso e insta la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Examinadas las actuaciones en su integridad, procede la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos que se dan por reproducidos para evitar reiteraciones innecesarias.

TERCERO.- El primer motivo del recurso viene referido a la errónea valoración de la prueba en orden a apreciar la existencia de los elementos del contrato. Las alegaciones interesadas y subjetivas del recurrente no sirven para desvirtuar la fundamentación de la sentencia que de forma objetiva, imparcial y lógica analiza toda la prueba practicada. Así el apelante mantiene que el único documento contractual realizado y del que obtuvo copia, es el por él aportado junto con su demanda bajo el número tres y que es la orden de suscripción de los Valores Santander por importe de 30.000 euros. Lo cierto es que la pobreza documental del contrato, puesta ya de relieve por otras resoluciones este Tribunal, lo único que acredita es que el actor dio la orden de suscripción y que el actor recibió un tríptico informativo, así como que reconoció conocer y entender las características de los valores que suscribía. En todo caso, en el citado documento sí se encuentran reflejados el consentimiento del actor, su voluntad de suscribir los valores, el objeto, que eran los valores, y la causa del contrato oneroso en el que, al margen de la efectiva intención de cada parte, una recibía los valores y la un precio. La cuestión estriba en determinar, si el actor era plenamente consciente del contrato que suscribía y de sus consecuencias, así como si el contrato respondía a sus expectativas. Mantiene el apelante, **consumidor**, profesional con titulación superior, cliente del banco con otros fondos y acciones previamente suscritos, que el entendió que suscribía un depósito totalmente garantizado, seguro, con una rentabilidad del 7,50 % anual; durante cinco años y cancelable en cualquier momento, leído el citado documento tales datos indiscutiblemente no resultan del mismo. No



obstante, frente a ello el demandado aporta otros dos documentos suscritos por el actor, y concretamente uno, el documento 2 A) de la contestación de la demanda, en el que el actor manifiesta expresamente que, tras haber sido informado en la sucursal de las características y riesgos del producto "Valores Santander", he decidido proceder, una vez hecho mi propio análisis, a suscribirlo por un importe de 30.000; y dos, el documento 2B) de la contestación a la demanda de fecha 12 de septiembre de 2007, que literalmente dice: "Manifiesto mi interés en conocer, tan pronto este aprobado el correspondiente folleto por la CNMV, las características detalladas de los valores subordinados convertibles en acciones del Banco de Santander cuya emisión fue autorizada por su Junta General Extraordinaria el pasado 27 de julio. Este documento no es una Orden Suscripción, sin perjuicio de que una vez conocidas las características de los valores, pueda eventualmente decidir suscribirlo, por una cuantía que estimo en 30.000 €". Ateniéndonos a la literalidad de este último documento, que fue el primero en el tiempo, cabe mantener no sólo que el actor sabía que los valores no eran un depósito garantizado y seguro con una rentabilidad fija y sí un producto convertible en acciones, y consecuentemente de riesgo, sino que tampoco el actor estaba dispuesto a suscribir un documento de orden de suscripción de los valores sin conocer las características detalladas del citado producto. Conocimiento del objeto que puso de relieve al suscribir la orden hasta en dos ocasiones.

Es en base a todo ello, y sin poder tener por acreditado que al actor no se le entregó el tríptico explicativo, pues firmó, como ya queda dicho, su recepción, y queda ratificado por la testifical el empleado del banco que le asesoró en la contratación, que debe mantenerse el consentimiento del actor en la suscripción del producto detallado en el citado documento con perfecto conocimiento de su objeto, su funcionamiento y su causa.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso se ciñe al incumplimiento por la entidad bancaria de sus deberes para con sus clientes minoristas o **consumidores**. Limitándose el recurrente a transcribir literalmente las normas que estima de aplicación, lo cierto es que la sentencia de instancia tiene en consideración las mismas, y de lo actuado queda acreditado que el producto, incluso en la escueta orden de suscripción, viene descrito como producto amarillo, sin que en ningún momento se haya negado por la demandada que se trate de un producto de riesgo, no obstante lo cual, sí se estimó conveniente y adecuado para clientes del banco con cierto interés inversor y de riesgo, perfil en el que se encuadra el actor quien venía realizando sucesivas compras de acciones, lo que necesariamente era conocido por la entidad en la que desarrollaba tal actividad, y queda avalado por la extensa documental que al efecto aporta la parte demandada.

No pudiendo, en ningún caso, ponerse en duda la capacidad personal del demandante, dada su cualificación profesional, para comprender el producto tras la lectura del tríptico o tras una explicación detallada del producto. En relación a esta información, la única prueba es la testifical de los empleados del banco que estuvieron en contacto con el actor, y que son traídos por la parte actora; de sus interrogatorios, realizados por ambas litigantes, solo cabe mantener que respondieron con claridad y precisión a las preguntas que les fueron formuladas afirmando, sin ningún género de dudas, que conocían al cliente su capacidad y su perfil que le ofrecieron el producto por estimarlo de su interés, que le fue debidamente y correctamente explicado en las reuniones que para ello tuvieron entregándosele el tríptico al momento de la suscripción previas las aclaraciones necesarias. El único testigo que generó más confusión fue el actual director de la sucursal, quien, frente a lo manifestado por el propio actor en su demanda, manifestó que el demandante inició sus quejas en el año 2008, cuando está documentado que lo fue, tal como se recoge en el escrito inicial, en 2010. En todo caso, nada aporta el citado testigo que no intervino en la contratación del producto, y quien si ratificó las sucesivas informaciones que sobre la evolución del mismo se dan al cliente.

En consecuencia, tampoco puede tenerse por acreditado ni un incumplimiento por parte de la entidad demandada en sus obligaciones de información ni tampoco, obviamente, que tal falta de información incidiera en un error en el consentimiento del actor o que este estuviese padeciese vicio o defecto alguno referido al producto que contrataba, su funcionamiento o su riesgo.

En cuanto al conflicto de intereses, ya en el tríptico se recogía que el producto nacía para obtener financiación a fin de que por la entidad se procediera a optar sobre otro banco, y tal interés, propio de la actividad de la demandada, no tiene por qué determinar un conflicto con el del cliente que precisamente accede mediante la contratación a unas acciones de la misma entidad.

QUINTO.- Respecto de las sanciones impuestas a la entidad demandada por la CNMV, la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial de fecha 30 de abril de 2014, recogida ya por otras de esta Sección mantiene: Comenzando por este último aspecto hay que señalar que, en efecto, la mayor parte de las decisiones judiciales recaídas sobre la comercialización de este instrumento (Valores Santander) ha sido favorable a la entidad bancaria; han existido alguna resoluciones de Juzgados de 1ª Instancia a favor de los clientes al entender que habían incurrido al contratar en error en el consentimiento, pero con posterioridad han sido revocadas en apelación; la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales, hasta donde tiene conocimiento esta Sala, se ha decantado por la desestimación de este tipo de demandas, y solo esta Audiencia



(tanto la Sección 3ª -sentencia de 24 de enero de 2013 - como esta misma Sección 4ª -sentencia de 24 de febrero del presente año) ha estimado pretensiones similares, la vía administrativa, sin embargo, no ha sido tan favorable para la actora. Es notorio y se han publicado en el Boletín Oficial del Estado (de 17 de febrero de 2014) las resoluciones de la CNMV en las que se le imponen sendas sanciones millonadas relacionadas con el producto objeto de autos, en concreto de diez millones de euros por la comisión de la infracción grave tipificadas en el art. 100.t) de la LMV vigente con anterioridad al 21 de diciembre de 2007, por no disponer de la información necesaria sobre sus clientes en el proceso de suscripción de la emisión "Valores Santander", y de seis millones novecientos mil euros por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el art. 99. z) de la LMV, por incumplimiento de lo establecido en los arts. 70 quáter y 79 bis, en relación con el incumplimiento de algunas de las obligaciones que regulan la relación entre Banco Santander S.A. y su clientela respecto del mismo. Hay que advertir, no obstante, que tales resoluciones son únicamente firmes en dicha vía y que pueden ser revisadas y dejadas sin efecto en la jurisdicción contencioso-administrativa si es que se han impugnado en esta vía. En realidad, ni aquella jurisprudencia ni estas resoluciones administrativas tienen eficacia determinante en este procedimiento, pues, en definitiva, hay que advertir que no cabe establecer criterios generales de solución porque las circunstancias de cada caso son y pueden ser muy diferentes, con unas condiciones muy distintas sobre el tipo de información suministrada y sobre el grado de conocimiento y comprensión del producto por el cliente en función de su formación y perfil. Así por ejemplo y por citar algunas de las más recientes sentencias de otros tribunales, la de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de marzo de este mismo año contempla un supuesto en el que los demandantes era inversores asiduos de acciones Santander con riesgo de volatilidad semejante al de los Valores Santander, que estaban destinados a convertirse en acciones; la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca de 11 de Febrero también de 2014 trata de un supuesto en el que la entidad demandante "no tiene la condición de minorista y/o **consumidor**, sino encuadrada en otras sociedades que, además de financiar a clientes propios, operaba financieramente con la demandada, en el ámbito de su actividad comercial, con un administrador avezado en operaciones crediticias y una dilatada experiencia"; o, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 17 de enero de 2014 en la que se alude a que el representante de la entidad actora era "administrador y apoderado en numerosas sociedades distintas, que seguía con interés las operaciones realizadas por sus empresas y que tuviera gran conocimiento del funcionamiento del mercado financiero y bancario".

En consecuencia, hay que estar al supuesto de hecho concreto y al resultado de las pruebas para determinar si existe o no el incumplimiento de la entidad en sus deberes para con su cliente. En el presente caso, por las razones ya expuestas, no cabe afirmar la existencia de tal incumplimiento.

SEXTO.- Desestimado el recurso de apelación, procede la condena del recurrente al pago de las costas de esta alzada (art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLO

1º Desestimar el recurso de apelación formulado por la Procuradora Dª Fátima Esther de Armas Castro en nombre y representación de D. Carlos José

2º.-Confirmar la sentencia dictada el por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Arana en Autos de Juicio Ordinario nº 639/2013

3º Condenar al recurrente al pago de las costas de esta alzada.

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

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3ª 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 firme la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de esta, para su ejecución y cumplimiento, a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando 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 la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-