



Roj: **SAP O 372/2016 - ECLI:ES:APO:2016:372**

Id Cendoj: **33044370062016100051**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **07/03/2016**

Nº de Recurso: **96/2016**

Nº de Resolución: **80/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00080/2016

RECURSO DE APELACION (LECN) 96/16

En OVIEDO, a siete de Marzo de dos mil dieciséis. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D^a María Elena Rodríguez Vígil Rubio Presidente, D. Jaime Rianza García y D^a. Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

SENTENCIA Nº80/16

En el Rollo de apelación núm.96/16 , dimanante de los autos de juicio civil ordinario, que con el número 225/15, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Nº3 de Oviedo, siendo apelante **BANCO SANTADER CENTRAL HISPANO**, demandado en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Álvarez Fernández y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Fernández de Retana Gorostizagoiza; y como parte apelada **DOÑA Noemi** , demandante en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Alonso Ayllon y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Álvarez de Linera Prado; **ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado don Jaime Rianza García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, dictó sentencia en fecha 21-12-15 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que debo estimar y estimo, en su integridad, la demanda interpuesta por DOÑA Noemi contra "BANCO SANTANDER S.A." y, en su virtud,

1). Declaro la nulidad de la compra de "Valores Santander", por importe de 40.000 €, documentada en la orden de suscripción datada el día 21.9.07, acompañada como doc. Nº3 de la demanda, y declaro la nulidad de todos los actos conexos con dicha orden.

2). Condeno al Banco a pagar a la actora, en concepto de restitución del principal, la suma de cuarenta mil euros (40.000€), más las comisiones y los intereses descritos en el fundamento jurídico décimo.

3). La actora deberá entregar al Banco los rendimientos percibidos de los "Valores Santander", las acciones recibidas en canje, y todos los títulos, dividendos e importes percibidos como consecuencia de la tenencia de dichas acciones.

Además, deberá abonar los intereses indicados en el fundamento jurídico décimo.

4). Impongo a la parte demandada todas las costas de este juicio."



SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 1-3-16.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta al amparo del artículo 1266 del Cc. por considerar que la actora no había sido evaluada ni informada de forma suficiente previamente a suscribir la emisión de Valores Santander, que le había sido recomendada por la demandada magnificando su rentabilidad inicial para enmascarar el importante riesgo que corría el cliente, cuanto más que tampoco le habría informado adecuadamente a posteriori sobre la evolución de la inversión. Interpone recurso la demandada por error en la valoración de la prueba sobre la experiencia previa del cliente en el mercado de valores, el cumplimiento del deber de información y la correlativa inexistencia de error o ignorancia sobre el riesgo asumido, amén de su carácter inexcusable, cuanto más que el contrato habría sido confirmado luego tácitamente.

SEGUNDO.- Es sabido que el error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre, teniendo dicho la sentencia del TS de 10 de septiembre de 2014 que " *El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.*

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Así se declaró en la sentencia de esta sala núm. 113/1994, de 18 de febrero .

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (en este sentido, sentencia de esta sala núm. 829/2006, de 17 de julio , y las que en ella se citan). "

Centrándonos en los contratos de inversión y el deber de información que la legislación sectorial imponía a las empresas que desempeñaban funciones de asesoramiento la STS num. 840/2013 fijó los siguientes criterios:

1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
2. 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.
3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no el incumplimiento del deber de información.
4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.
5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista ..., como si al hacerlo este



tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

En el mismo sentido se han dictado las sentencias de 7 de julio de 2014 (Recursos 892/2012 y 1520/2012) y de 8 de julio de 2014, destacando que la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa, que obliga al banco, no de mera disponibilidad.

Y tales criterios son aplicables tanto a las operaciones concertadas tras la transposición de la Directiva MIFID a nuestro derecho interno con la promulgación de la Ley del Mercado de Valores, como a las anteriores porque, con independencia de que las Directivas obligan a los Estados Miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, lo cierto es que el art. 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.); y el R.D. 629/1.993 perfiló aún más esas líneas desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, recabando de ella los datos que fueran necesarios conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)

En consecuencia cuanto menor sea la experiencia y conocimiento previo que el cliente tenga del mercado de valores, mayor habrá de ser el esfuerzo del profesional hasta cerciorarse que aquel ha comprendido cabalmente las características del producto y el riesgo que asume si decide formalizar la inversión; ahora bien, cumplido inequívocamente ese estándar de información, corresponde al cliente tomar la decisión que entienda más oportuna, sea cual sea su experiencia y grado de conocimiento del mercado de valores, e incluso cuando el resultado de los test de idoneidad y conveniencia sea negativo y por tanto se trate de una inversión desaconsejada por el profesional; ello es así porque el resultado de los test no es vinculante para el inversor, ni impide en modo alguno que un cliente minorista pueda asumir el riesgo consustancial a una inversión que el profesional reputa inadecuada para las necesidades financieras del particular que recaba su asesoramiento; dicho de otro modo, no hay inversión prohibida para el minorista, sea cual sea el perfil que arrojen los test antes mentados.

TERCERO.- Sentado ese punto de partida, reiteraremos que en nuestra opinión los "Valores Santander" son un producto financiero relativamente sencillo, cuyas características esenciales se explican sin oscuridad o contradicción relevante alguna en el tríptico informativo aprobado por la CNMV.

Ese documento evidencia de forma inequívoca que no se trataba de un depósito a plazo, garantizado, susceptible de ser rescatado en cualquier momento, sino de un producto de inversión cuyo objetivo era financiar parcialmente la OPA- oferta pública de adquisiciones de las acciones del Banco ABN AMRO, realizada por el Banco de Santander en unión de otras dos entidades financieras, contemplándose en el mismo los dos escenarios posibles. Así, si no prosperaba la OPA, el producto se convertiría en un valor de renta fija con vencimiento el día 4 de octubre de 2008, y devengo de un interés del 7,30%. Por el contrario si la misma tenía éxito los Valores de Santander serían canjeables por Obligaciones necesariamente convertibles en acciones, a un precio ya establecido del 116% de la cotización media ponderada de las mismos en los 5 días hábiles anteriores a la emisión de las obligaciones convertibles,(octubre de 2007) estableciéndose una rentabilidad hasta el mes de octubre de 2008 del 7,30 y a partir del mismo del "Euribor" mas 2,75%.

Es por ello que, de una lectura mínimamente atenta del citado tríptico resultaba que tales valores se canjearían en un futuro por obligaciones necesariamente convertibles en acciones y que los riesgos que implicaba la contratación del mismo, eran los derivados de estar sometido el futuro canje por acciones a la aleatoriedad propia de las fluctuaciones del mercado de referencia, esto es en última instancia del valor de las acciones en las fechas en que se había pactado el canje, bien voluntario, bien obligatorio, riesgo este que se representaba además en el propio tríptico con dos escenarios de posible rentabilidad, uno positivo y otro negativo, según la evolución del precio de las acciones del Banco de Santander.

Pues bien, la orden de suscripción de la inversión incluye el reconocimiento expreso de que previamente se había recibido "el tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha de 19 de septiembre de 2007, así como que se la ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores



y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla Importe Solicitado."

Es verdad que, como se afirma en las sentencias de la sección 5ª de esta Audiencia de 11/03/2014 , reiterada en la de 31/03/2014 , la introducción en el contrato de una declaración de ciencia, suscrita por los **consumidores**, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, no implica necesariamente que "se haya prestado al **consumidor**, cliente o inversor minorista la preceptiva formación, ni constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos último designio de toda la legislación sobre transparencia e información". Y así ha tenido ocasión de señalarlo el TS en la sentencia de 12 de enero de 2015 , razonando en su fundamento de derecho séptimo apartado 6 que *"Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril . La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el **consumidor** del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista"*.

Sin embargo, la presunción de conformidad con su contenido, (art. 1225 del CCivil y jurisprudencia que lo interpreta, por todas STS de 18-10-2007)- que ello supone, en este caso fue ratificada sin contradicción alguna por el testimonio del empleado de la sucursal que con ocasión de este negocio atendió a la demandante.

Dicho empleado manifestó que la demandante era una cliente conocida porque pasaba asiduamente por la oficina con motivo de la gestión de sus ahorros y, si bien tenía un perfil inversor más bien conservador pues dedicaba un porcentaje importante a inversiones garantizadas o cuasi garantizadas, también hacía con frecuencia incursiones en el mercado de renta variable, de manera que conocía perfectamente el riesgo inherente a la fluctuación de las cotizaciones en Bolsa; es por ello que con motivo de la cancelación de un depósito estudiaron los productos que el Banco tenía en ese momento a disposición de sus clientes, de entre los cuales destacaba por su rentabilidad el litigioso, aunque como contrapartida comportaba la asunción del riesgo de que al tiempo del canje la cotización de las acciones hubiera bajado con relación al que se les asignaba a la fecha de conversión; el empleado expuso que antes de formalizar la operación le había entregado el tríptico informativo, amén de explicarle verbalmente las características esenciales del producto, en particular la forma en que se determinaría el precio de conversión y que a la postre al cliente se le entregarían un determinado número de acciones, cualquiera que fuera la cotización que los títulos tuvieran a la fecha del canje, que podía ser voluntario en alguna de las fechas intermedias pactadas a tal fin, u obligatorio una vez transcurridos cinco años desde la emisión; por consiguiente le advirtió que perdería parte de la inversión si para entonces la cotización de las acciones no era igual o superior en más un dieciséis por ciento al que tenían a la fecha de conversión; asimismo expuso que la demandante entendió perfectamente ese riesgo por la sencilla razón de que ya lo había experimentado en carne propia en otras operaciones de Bolsa, algunas de las cuales se habían saldado con beneficios importantes en corto periodo de tiempo y otras por el contrario habían comportado pérdidas, y que con todo ese bagaje la cliente decidió arrostrar el riesgo por entenderlo compensado con la alta rentabilidad de la inversión comparada con la que podían depararle las demás alternativas.

El empleado en cuestión reconoció que por el contrario no ahondó demasiado en la circunstancia de que las acciones del Banco de Santander estaban prácticamente en su máximo histórico, ni tampoco le expuso las previsiones con que, con toda la cautela que implica un pronóstico de futuro, contaba en ese momento el emisor al respecto de que aquella cotización pudiera subir aun más hasta alcanzar o superar el dieciséis por ciento de sobretasación que constituía el valor de conversión; por otra parte es obvio que no podía dar información sobre el comportamiento de los títulos en el mercado de renta fija porque no habían sido emitidos y por tanto tampoco habían empezado a cotizar en el mismo; y por último declinó tratar otros riesgos presentes en toda inversión, excusándose en que la adecuada comprensión y análisis de los mismos exigen con frecuencia un alto nivel de conocimientos técnicos, de modo que una incursión en esos terrenos probablemente no harían sino oscurecer las variables que el minorista maneja para tomar una decisión.

Así las cosas nada permite dudar que efectivamente se entregara el tríptico informativo aprobado por le CNMV dos días antes, ni que el empleado le proporcionara verbalmente la explicación adicional que acabamos



de comentar; uno y otra justifican de forma suficiente el cumplimiento del deber de información que podía conjugar el cliente para tomar una decisión de inversión, pues, careciendo como carecemos de elementos de convicción que apunten en sentido opuesto, exigir mayor rigor a ese respecto al Banco le impondría una carga desproporcionada.

Es así que, cumplido el deber de información, debe entenderse que la actora acometió conscientemente una inversión que comportaba riesgo, de manera que debe soportar las consecuencias de que el devenir de los acontecimientos fuera contrario al pronóstico o previsiones con que contrató.

Esa misma premisa, unida al resto de la documentación acreditativa de la periódica información sobre la evolución del producto y su valor en las fechas inmediatas a las del canje voluntario, nos lleva a rechazar la resolución del contrato por incumplimiento y por tanto se estima el recurso.

CUARTO.- De conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C., no se hará especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en este recurso y lo propio acontecerá respecto de las causadas en la instancia, ante las dudas que podía suscitar la cuestión de hecho

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el **BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo en los autos de que este rollo dimana desestimamos la demanda interpuesta por **DÑA. Noemi**, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.