

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN Nº4 MURCIA

Rollo Apelación Civil núm. 644/14

SENTENCIA Nº 656/2014

En la Ciudad de Murcia, a trece de noviembre de dos mil catorce.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial los autos del Juicio Ordinario que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Murcia, con el núm. 1398/12, entre las partes: como parte actora en primera instancia y apelada en esta alzada, Dña. FHM, Dña. PMH y D. JMH, en ambas instancias representados por el Procurador D. Isidoro Gálvez Manteca, siendo defendidos por el Letrado D. Jaime Navarro García; y como parte demandada en primera instancia y apelante en esta alzada, la entidad “Banco Santander, S.A.”, en ambas instancias representada por el Procurador D. Alfonso Albacete Manresa, siendo defendida por el Letrado D. Sergio Sánchez Gimeno.

Ha sido Ponente de esta Sentencia, el Ilmo. Sr. Magistrado, D. JUAN MARTÍNEZ PÉREZ, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el Juzgado de instancia citado, con fecha 19 de mayo de 2014, dictó en los autos principales de los que dimana el presente Rollo la Sentencia cuya parte dispositiva dice así: “*Que estimando la demanda formulada por la representación procesal de D. JMH, DÑA. FHM y DÑA. PMH contra BANCO SANTANDER SA debo declarar:*

- *La nulidad de pleno derecho de la orden de compra de Valores Santander impugnada y de los seguros suscritos en su razón, condenando a la demandada a devolver a los demandantes la cantidad de QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS Y SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (567.897,77 €), más el interés legal correspondiente a esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda.*

- *La nulidad de pleno derecho de la conversión o canje de los Valores Santander por acciones del mismo banco.*

- *Que las acciones resultantes de la conversión serán a partir de la fecha de la sentencia propiedad de la demandada, siendo justo y suficiente título para ello la propia sentencia.*

- *La obligación de restitución por los demandantes a BANCO SANTANDER SA de los intereses y rendimientos percibidos de la orden de compra de Valores Santander impugnada y de los seguros suscritos en su razón hasta la fecha de la sentencia.*

Se imponen a la parte demandada las costas procesales.”

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y en tiempo y forma se interpuso recurso de apelación por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso Albacete Manresa en nombre y representación de Banco de Santander S.A., siéndole admitido, presentando el Procurador D. Isidoro Gálvez Manteca en representación de la parte actora, Dña. FHM, Dña. PMH y D. JMH, escrito de oposición al recurso formulado de contrario. Por diligencia de ordenación de fecha 31 de julio de 2014 se tuvo por formalizado el trámite de oposición al recurso y siendo emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, formándose el presente rollo nº 644/14, designándose Magistrado Ponente por turno, personándose la parte actora ahora apelada y la parte demandada y apelante en esta alzada, señalándose Deliberación y Votación para el día 11 de noviembre de 2014.

TERCERO.- Que en la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación interpuesto en nombre de la entidad Banco Santander se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se desestime la demanda.

En el primer motivo se alega que la sentencia recurrida se aparta de la causa de pedir de la demanda, estimando la pretensión de nulidad de pleno derecho de la conversión o canje de Valores Santander por acciones del mismo Banco, alegada ex novo en la audiencia previa, que al apartarse el fallo de la causa petendi de la demanda se ha causado una verdadera indefensión y que ha incurrido en incongruencia.

Que tras el examen de los autos resulta que cuando se interpuso la demanda, en fecha 26-7-2012, aun no se había producido el canje de “Valores Santander” por acciones del propio Banco, habiéndose producido el canje el 4-10-2012. Asimismo, consta que con la demanda se aportó burofax, documento nº 7, enviado por los actores a la entidad demandada en la que se solicitaba, entre otras cosas, que no se efectuare el canje. Además, en la propia sentencia se reconoce que en la audiencia previa se hizo alusión a la modificación del suplico de la demanda, en el sentido de que se declare la nulidad de la conversión o canje de “Valores Santander” por acciones del propio Banco.

Se considera, pues, que la sentencia no incurre en incongruencia al declarar la nulidad del canje referido, ya que ello es una consecuencia inherente a la nulidad del contrato “Valores Santander”, con apoyo legal en lo dispuesto en los artículos 1.258 y 1.123 del Código Civil. Debe, pues, desestimarse el motivo alegado.

SEGUNDO.- La alegación séptima se refiere a la caducidad de la acción de anulabilidad. Se indica que los “Valores Santander” se emitieron y comercializaron en los meses de septiembre y octubre de 2007, que los suscriptores no adquirieron “Valores Santander” en el marco de la comercialización coetánea a la emisión del producto, sino varios meses después de que éstos hubieran sido emitidos. Que la actuación del banco se limitó a recibir y ejecutar la orden de compra del cliente para que en el mercado electrónico se cruzase automáticamente con otra venta de otro inversor, que la orden se ejecutó el mismo día, por tratarse de

un contrato de tracto único. Que la operación de tracto único se consumó en el momento en que se hizo el cargo, por importe de 565.420,89 €, en la cuenta de valores, en fecha 9 de enero de 2008, por lo que en la fecha en que se presentó la demanda, julio de 2012, había transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción y, finalmente, se indica que los seguros se cancelaron anticipadamente el 19 de octubre de 2012.

La sentencia recurrida, en el fundamento de derecho primero, desestima la excepción de caducidad de la acción. Se indica que la fecha de contratación de los productos litigiosos es de 9 y 11 de enero de 2008, documentos números 1 y 2 de la demanda; que la demanda se presentó el 26 de julio de 2012. Que la demandada aportó documentos acreditativos del abono de intereses derivados de los “Valores Santander”, históricos de movimientos de cuenta, información fiscal y extracto de cuenta de valores, teniendo todos ellos fecha posterior a la audiencia previa, por lo que se considera que el contrato de orden de valores y los seguros vinculados al mismo siguen surtiendo efectos económicos a fecha de hoy. Que en la contestación a la demanda se manifestó que en fecha 4 de octubre de 2012, los “Valores Santander”, se convirtieron en acciones de Banco Santander. Que a la fecha de presentación de la demanda no se había producido la consumación del contrato; que el plazo de caducidad no puede empezar a computarse en la fecha de suscripción, sino desde la fecha de consumación. Que se está en presencia de un contrato de tracto sucesivo, por lo que el plazo de caducidad no puede empezar a computarse en la fecha de suscripción. Que la consumación del contrato se produjo el 4 de octubre de 2012, con el canje de “Valores Santander” en acciones de la misma entidad, que es cuando se pone de manifiesto la existencia del error, no habiendo transcurrido el plazo de cuatro años a la fecha de interposición de la demanda.

La excepción de caducidad de la acción, reiterada en esta alzada, debe desestimarse, aceptándose en este sentido lo razonado en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia, pues, en efecto, en la fecha en que se interpuso la demanda, 26 de julio de 2012, aún no había transcurrido el plazo de cuatro años, previsto para las acciones de anulabilidad, en el artículo 1301 del Código Civil, a computar desde la fecha de consumación, de acuerdo con el criterio mantenido por la doctrina jurisprudencial, reproduciendo por vía de remisión, las resoluciones que se refieren en instancia. En el presente caso litigioso se considera que la consumación del contrato “Valores Santander” se produjo en la fecha del canje o conversión, 4 de octubre de 2012, por lo que no había transcurrido el plazo de cuatro años a la fecha de interposición de la demanda. No se acepta la tesis que se sostiene en el recurso, relativa a que la fecha inicial del cómputo es el día 9 de enero de 2008, en que tuvo lugar el cargo del importe de la compra, pues la compra de Valores Santander, aunque se hiciera en el mercado secundario continuo, desplegando efectos hasta la fecha en que tuvo lugar la conversión. En cuanto al seguro denominado “Inversión Diez Oportunidades Sectoriales” se considera un producto vinculado a “Valores Santander”, en que constaba como fecha de vencimiento 28 de febrero de 2018 y aunque el mismo se hubiera rescatado anticipadamente, en octubre de 2010, tampoco había transcurrido el plazo de cuatro años a la fecha de interposición de la demanda.

TERCERO.- La alegación octava se refiere a la falta de legitimación en relación con los contratos denominados “Inversión Diez Oportunidades Sectoriales”, de fecha 11 de enero de 2008, suscritos con la entidad Santander Seguros y Reaseguros, Compañía Aseguradora, S.A. Se indica que el banco participó en la fase de comercialización y suscripción de ambos contratos, haciéndolo exclusivamente en su condición de agente o comercializador, por lo que a Banco Santander, S.A., no le corresponde la eventual condena que pudiera dictarse, sino a Santander Seguros y Reaseguros, Compañía Aseguradora, S.A.

La sentencia recurrida, en el fundamento de derecho segundo, desestima la excepción de falta de legitimación pasiva. Se afirma que en la parte superior izquierda de los contratos aparece el logotipo “SANTANDER”, sin que se indique el nombre de la entidad aseguradora. Que al pie del documento, en el apartado reservado a firmas, consta, junto al tomador del seguro y el asegurado, “BANCO DE SANTANDER, S.A.; que no se puede considerar que fuese entidad distinta a Banco Santander, S.A., quien se obligó contractualmente. Que es la demandada quien firma los contratos; fueron sus empleados los que ofrecieron y contrataron el producto y que la firma que aparece en representación de la entidad bancaria en los contratos de seguros es aparentemente idéntica a la que consta en el documento de orden de compra de valores.

La excepción de falta de legitimación alegada debe desestimarse, aceptándose lo razonado en el fundamento de derecho de la sentencia recurrida, pues se considera que la entidad demandada y apelante está legitimada pasivamente para soportar la acción ejercitada respecto a los contratos “Inversión Diez Oportunidades Sectoriales”, ya que en la contratación de dicho producto intervino la entidad demandada, siendo los empleados de la misma los que ofrecieron y formalizaron la contratación, figurando en los contratos el logotipo Santander.

CUARTO.- En el recurso, en la alegación segunda, se refiere incorrecta inversión de la carga probatoria y contravención de la doctrina del Tribunal Supremo, indicándose que se ha vulnerado el principio general de que la carga de la prueba corresponde a quien alega el error y que según la doctrina del Tribunal Supremo no existe una equiparación automática entre la falta de información y el consentimiento viciado, por lo que estimar la equiparación supone una indebida inversión de la carga de la prueba del error, con infracción del artículo 217 LEC.

En la tercera, se alega la imposibilidad de fundamentar la existencia de error en la inadecuación del perfil del inversor del Sr. M. y su esposa. Se indica que el perfil inversor no es un concepto estático, sino que puede modificarse. Que la obligación del banco es informar correctamente del producto y cerciorarse de que el consentimiento se presta de modo válido; que las previas inversiones de los suscriptores desmienten que no tengan un perfil especulativo o que fueran ajenos al mundo de las inversiones. Se hace mención a las inversiones realizadas por los suscriptores de los productos objeto de la litis, en cuanto a la contratación de acciones, participaciones preferentes y fondos de inversión. Que los suscriptores nunca han cuestionado su capacidad para comprender la naturaleza y funcionamiento de los productos antes referidos; que la contratación obedeció al deseo de invertir 600.000 €; que el Sr. M. en el año 2004 fue nombrado apoderado de la mercantil AMG e Hijos, S.L., que el Sr. M. se encargaba de gestionar promociones inmobiliarias.

En la cuarta, se indica que la sentencia aprecia indebidamente la concurrencia de error en el consentimiento. Se indica que una interpretación lógica de la prueba lleva a la conclusión de que los suscriptores fueron adecuadamente informados sobre las características de los “Valores Santander”. Que la documentación contractual acredita que el Banco sí proporcionó información clara y suficiente sobre los productos. Que la simple lectura de los documentos rubricados y facilitados al Sr. M. y su esposa acreditan lo contrario. En la orden de compra de los “Valores Santander” aparece identificado el producto; que se indica expresamente que el producto tiene riesgos y contiene declaración expresa de que el cliente afirma haber sido informado por el Banco de las características y riesgos de la operación. Respecto a los seguros aparece

identificado como “Seguro Inversión diez oportunidades sectoriales”, que no se hace alusión alguna a que su finalidad sea garantizar el capital invertido en “Valores Santander”. Que los “Valores Santander” es un producto complejo, en cuanto a que es compuesto, sin embargo, esa complejidad nada tiene que ver con la dificultad de comprensión, siendo el producto sencillo de explicar y por tanto no complejo en el significado. Que el producto tenía el riesgo propio de las acciones de Banco Santander, como así lo explicaron en el acto de juicio los testigos, Sr. A., empleado del banco que comercializó el producto litigioso, y el Sr. D. Que está acreditado que el Sr. M. tenía conocimiento del riesgo de fluctuación inherente a la renta variable. Se indica que la información verbal facilitada descarta la existencia de error, aludiéndose a lo declarado por los testigos antes referidos. Que antes de contratar “Valores Santander” el Sr. M. se informó sobre sus características y riesgos principales. Que el Banco evaluó la conveniencia de la operación porque tenía conocimiento de la capacidad de entendimiento y experiencia de los clientes. Que no son de aplicación las obligaciones derivadas del régimen impuesto por las denominadas directivas MIFID, transpuestas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, con entrada en vigor en junio de 2008, ni tampoco el Decreto 217/2008. Que aún en el caso de que fueran aplicables, el banco no habría infringido tales disposiciones, puesto que la entidad evaluó la conveniencia de la operación y tenía conocimiento de la capacidad de entendimiento y experiencia de los clientes. Se hacen alegaciones en relación con la compra de “Valores Santander” en el mercado secundario y que éstos fueron adquiridos por debajo de su valor de emisión.

En la quinta, se alega que la información suministrada por Banco Santander a los suscriptores, con posterioridad a la contratación de la inversión litigiosa y su actuación antes ellos, descarta la existencia de error. Se alude a las cartas remitidas y que se acompañan como documentos números 43 y 44 de la contestación a la demanda; a la información fiscal remitida a los suscriptores, en la que se refleja la paulatina caída en la evolución de los “Valores Santander”. Que el silencio del Sr. M. y su esposa durante los años posteriores a la suscripción de los contratos supone un acto inequívoco de confirmación de los contratos.

En la sexta, se alega falta de motivación de la sentencia en relación con los seguros de inversión y falta de concreción del error en que los suscriptores incurrieron. Que no está acreditado que se suscribiera el producto en la creencia de que se trataba de un seguro destinado a garantizar el nominal invertido en “Valores Santander”. Que la sentencia no especifica cuáles son los elementos desconocidos o conocidos defectuosamente que permitieran sostener que concurrió vicio en el consentimiento.

De las alegaciones antes referidas se desprende que las mismas se refieren a discrepancia con la valoración de las pruebas documentales y testificales practicadas, y aplicación indebida de los artículos 1265, 1266.1 y 1300 del Código Civil.

QUINTA.- La sentencia recurrida estima la demanda, declarando la nulidad de la orden de compra Valores Santander y de los seguros suscritos, condenando a la entidad demandada, Banco Santander, S.A., a devolver a los demandantes la cantidad de 567.897,77 €; la nulidad de pleno derecho de la conversión o canje de Valores Santander por acciones del mismo banco, que las acciones resultantes de la conversión serán, a partir de la sentencia, propiedad de la demandada y, asimismo, se impone la obligación de los demandantes de restituir a Banco Santander, S.A., los intereses y rendimientos percibidos de la orden de compra de Valores Santander impugnada y de los seguros suscritos en su razón hasta la fecha de la sentencia.

Se afirma que a la fecha de contratación de los productos, 9 y 11 de enero de 2008, la Sra. HM contaba con 79 años de edad y el Sr. M. G. con 80 años. Que la Sra. HM no firmó los contratos a pesar de figurar como contratante y que no parece discutido que ésta carece de conocimientos financieros y experiencia mercantil. Se hace alusión a la información aportada por Banco Santander, S.A., en relación a la condición de apoderado de D. AMG como apoderado de la mercantil AMG e Hijos, S.L., a documentos relativos a productos financieros contratados con anterioridad, a los documentos aportados relativos a la información facilitada por la entidad, números 29, 30, 34 y 41, a lo declarado por los empleados de Banco Santander, S.A., Sr. AB y Sr. DR. Se afirma que la demanda no prueba que el Sr. MG. fuera un cliente con amplios y específicos conocimientos financieros. Que su actividad profesional como promotor inmobiliario supone experiencia en el trato mercantil y con las entidades bancarias, pero no la capacidad necesaria para entender de productos financieros complejos, como son los que nos ocupan. Que es cierto que era cliente de banca privada y que había contratado con anterioridad diversos productos de inversión, pero que de éste no se puede inferir automáticamente que entendió debidamente qué eran los “Valores Santander” y qué riesgo conllevaban. Que es trascendente que la demandada le atribuya el perfil de inversiones de riesgo pero no acredite haber realizado los tests o encuestas que sustenten dicha calificación.

Que los documentos números 1 y 2 de la demanda carecen de la información necesaria, explicada de una forma comprensible para un consumidor, sin conocimientos financieros específicos, que permita a éste comprender qué clase de producto contrata y a qué se obligaba exactamente con el mismo. Que no se hicieron test de idoneidad ni encuesta para elaboración del perfil inversor, ni se consignó por escrito los detalles esenciales de la naturaleza de la operación, en la que cobraba especial incidencia la posibilidad de que Banco Santander, S.A., realizase ampliaciones de capital que afectasen al valor del producto. Que no se pudo sustituir la falta de información individualizada y específica por la referencia a explicaciones verbales dadas por los empleados de la entidad o informaciones en páginas web o trípticos o folletos informativos. Tampoco excusa la actuación de la entidad, el aviso sobre riesgo de inversión contenido en el documento número 2, dada su ubicación en el texto, su complejo título y contenido. Que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, estaba en vigor en la fecha de suscripción de los contratos, por lo que resultaba exigible el cumplimiento del deber de información y evaluación. Se considera que las partes demandantes prueban que hubo error esencial e invalidante en el consentimiento contractual prestado por Doña FHM y su esposo D. AMG, ya que a la hora de firmar los contratos de compra de valores y seguro, desconocían las características esenciales del producto, su naturaleza y el riesgo financiero que implicaban.

SEXTO.- Para dar respuesta a las alegaciones formuladas en el recurso, y referidas en el fundamento de derecho cuarto de la presente, resulta conveniente referir la doctrina jurisprudencial recaída en cuanto al error como vicio de consentimiento, y en cuanto al deber de información por parte de las entidades financieras en la contratación de productos financieros de riesgo.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12-12-2005 declara: *<<el error relevante, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 4 de diciembre de 1990, 6 de febrero de 1998, 10 de febrero de 2000, 14 y 18 de febrero de 1994, de 23 de julio de 2001 y 12 de julio de 2002, entre otras muchas, ha de ser sustancial y reconocible, correspondiendo la prueba de tales caracteres a quien lo alega, pero además ha de ser excusable, esto es, no imputable al que lo padece y que no haya podido ser*

evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular, 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 ha padecido el error cuando éste no merece protección por su conducta negligente>> y la STS de fecha 17-7-2000 refiere "...el requisito exigido es la excusabilidad, no la inexcusabilidad, que obviamente significa inevitabilidad, en el sentido de que no haya podido evitarse (el error) mediante una diligencia normal".

La STS de 29 de octubre de 2013 declara: <<Reiteramos la doctrina que, sobre la materia, resumió la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre. En ella expusimos que cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada- "pacta sunt servanda"- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y, consecuentemente, pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de ella que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil.-Por otro lado, de existir y haberse probado, el error debería ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del negocio jurídico, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que, al consentir, se hizo sobre las circunstancias en consideración a las cuales le había parecido adecuado a sus intereses quedar obligado. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -.Lo

determinante es que los nuevos acontecimientos producidos en el desenvolvimiento de la relación contractual resulten contradictorios con la reglamentación creada. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

Por otro lado, el error ha de ser excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo- exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta de quien se presenta como ignorante o equivocado, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida>>.

La STS 8 de julio 2014 refiere: <<Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente, en la que se examina el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el swap y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato, que es, en definitiva, la cuestión jurídica a la que se contrae el recurso por más que en su desarrollo se haga referencia otras cuestiones que, en cualquier caso, también están íntimamente relacionadas con aquella. La doctrina fijada por esta Sala en el marco normativo de la Directiva MiFID -cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007 que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008 -es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación que ahora es objeto de enjuiciamiento (el 31 de julio de 2008) y determina su desestimación. Se dijo, y se mantiene, que la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y en concreto el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión; ahora, esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento. Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008). Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el

cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con ese conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto. Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público". La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008-, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008. A partir de las anteriores consideraciones, relativas al deber de información de la entidad financiera con el cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos: 1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error de 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, en este caso el swap.

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 que contrata el swap, 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>>.*

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad, tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través, tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si 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.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, 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, a los fines de 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).

SÉPTIMO.- Que, tras el examen de las pruebas obrantes en los autos, no se aprecia error en la valoración de las pruebas en orden a la conclusión que se obtiene de las mismas, ni tampoco infracción por aplicación indebida de los artículos 1265, 1266.1 y 1300 del Código Civil, pues se puede adelantar, por las razones que se expondrán a continuación, que existió error en el consentimiento al contratar los productos “Valores Santander” y con motivo de este los seguros “Inversión diez oportunidades sectoriales”, pues se considera que las alegaciones que se vierten en el recurso, y referidas de manera sucinta en el anterior fundamento de derecho cuarto, no han desvirtuado lo razonado en instancia, debiéndose, no obstante, indicar, aún a riesgo de incurrir en reiteración lo siguiente: A) Que el producto suscrito por los actores, en fecha 9 de enero de 2008, “Valores Santander” era financieramente complejo, como se reconoce en el propio recurso de apelación y en la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 16 de enero de 2014. El producto se condicionaba al resultado de la OPA sobre la entidad ABN AMOR, de la que se hacía depender la restitución del capital o la conversión en acciones de la entidad Santander a tipo de canje predeterminado. La complejidad del producto “Valores Santander” resulta manifiesta y evidente al leer el documento de oferta pública de suscripción “Valores Santander”, en cuanto a las características del mismo y forma de conversión, folio 398 y siguientes, así como del documento de fecha 31 de octubre de 2007, folio 378.

B) El producto financiero “Valores Santander” se considera acreditado que fue suscrito en fecha 9 de enero de 2008 por los actores, Doña FHM y D. AMG, en el mercado secundario, si bien dicha contratación fue por sugerencia e iniciativa de la entidad bancaria, con evidente interés en el producto financiero, y especialmente en cuanto a la conversión en acciones de la entidad, así como por el hecho notorio de que el producto “Valores Santander”, comercializado en el mercado secundario no era generalmente conocido, salvo para determinados inversores con amplios conocimientos financieros o para clientes que ya hubieran suscrito la oferta pública.

C) Al considerarse “Valores Santander” un producto complejo, por las razones antes referidas, la entidad bancaria debió facilitar a los actores, al momento de la suscripción de compra, una información clara, precisa, detallada y comprensible de los riesgos que comportaba la inversión, aunque dicha compra fuera en el mercado secundario, máxime teniendo en cuenta que la suscripción fue por sugerencia de la propia entidad, como se afirma en la demanda y resulta razonable por lo antes referido. No obstante, la entidad bancaria no ha acreditado, de manera plenamente convincente, que hubiera facilitado información sobre los riesgos asumidos, considerándose a este fin insuficiente las declaraciones interesadas prestadas por los empleados de la entidad, D. CAD y D. JD. En la propia orden de suscripción del producto “Valores Santander” no consta información sobre la naturaleza, características y riesgos del producto, ya que simplemente consta “Valores Santander”, expresión esta confusa, pues no explica a qué valores se refiere, y en este sentido se comprende y comparte lo afirmado en la demanda, en el sentido de que no se exponía con claridad el producto financiero o valores que se estaban adquiriendo. Al realizarse la compra en el mercado secundario es lógico suponer que a los actores no les fuera facilitado ni tan siquiera el folleto publicitario que normalmente se elabora con motivo de la emisión de un producto financiero.

D) La orden de suscripción se firmó sólo por D. AMG, aunque en la orden figuraba también su esposa, Doña FHM. En cuanto a D. AM. la entidad financiera no realizó “*test de idoneidad*” con motivo de la compra del producto financiero complejo, y ello a pesar de suscribirse el mismo por iniciativa de la entidad, incumplándose por tanto con lo dispuesto en el artículo 79 bis, en su redacción dada por la Ley 47/2007, de

19 de diciembre, en vigor desde el 21 de diciembre de 2007, según la Disposición final sexta, y de aplicación, por tanto, en el momento de la suscripción del producto “Valores Santander”, en fecha 9 de enero de 2008, ya que lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera no afecta a la obligación establecida en el artículo 79 bis. Por otra parte se considera que la entidad financiera demandada no tenía datos para poder sostener ni afirmar que D. AMG tenía un perfil de inversor de riesgo, por sus conocimientos financieros y de mercados, ya que este perfil no se puede basar en la simple suscripción de fondos de inversión ni en la compra ocasional de algún valor, pues estos productos no tienen la complejidad financiera que “Valores Santander”, y además la suscripción o compra de valores tampoco implica que se tenga un cultura financiera elevada y conocedora de los riesgos que implican otros productos financieros. Tampoco se puede deducir conocimiento en materia financiera en D. ÁM. por su condición de gestor o promotor inmobiliario. Doña FHM no firmó la orden de suscripción ni consta acreditado que tuviera los más mínimos conocimientos en la contratación de productos financieros.

E) Tampoco se considera acreditado que la entidad bancaria informara con posterioridad a la suscripción de “Valores Santander” de la evolución del producto, riesgos que se estaban asumiendo por eventuales pérdidas en caso de venta en el mercado secundario ni de las posibilidades de deshacerse del producto. Además, la información que supuestamente se le hubiera suministrado con posterioridad carece de relevancia para descartar el error en que se pudo incurrir a la hora de suscribir el producto “Valores Santander”.

F) En cuanto a los contratos de seguros “Inversión diez oportunidades sectoriales” se considera que los mismos se suscribieron con motivo de la suscripción del producto “Valores Santander”, como se desprende de lo afirmado en la sentencia de instancia y no cuestionado de manera específica en el recurso de apelación, siendo razonable lo afirmado en la demanda de que los mismos se contrataron por iniciativa de la entidad bancaria y para proteger el capital invertido en el producto “Valores Santander”.

Se considera, pues, que en la suscripción de Valores Santander existió error esencial por parte de los suscriptores al desconocer, por falta de información, los riesgos que comportaba el producto financiero complejo, considerándose dicho error excusable al haber incumplido la entidad financiera los deberes de información que le eran exigibles, siendo extensible dicho error a los contratos de seguros concertados.

En atención a lo antes expuesto, debe desestimarse el recurso de apelación, de acuerdo con lo sostenido en el escrito de impugnación del recuso formulado por la representación de D. JMH, Doña PMH y Doña FHM.

OCTAVO.- Que procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante al desestimarse el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 LEC, y ello en tanto que no concurren dudas de hecho ni de derecho que justifiquen otro pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso Albacete Manresa en nombre y representación de Banco de Santander S.A., debemos **confirmar y**

12

confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Murcia en fecha 19 de mayo de 2014, en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante el mismo con el número 1398/12, con la imposición expresa de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artº. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artº. 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala (BANESTO, en la cuenta de este expediente 3107), debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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