

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN
SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 440 de 2016
Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Castellón
Juicio Ordinario número 226 de 2015

SENTENCIA NÚM. 269 de 2016

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don JOSÉ MANUEL MARCO COS

Magistrados:

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN

En la Ciudad de Castellón, a veintiocho de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos interpuestos, contra la Sentencia dictada el día veintitrés de noviembre de dos mil : Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Castellón en los autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 226 de 2016.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Don representado/a por el/a Procurador/a D^a. Eva M^a Pesudo Arenós y defendido/a por el/a Letrado/a D^a. Juan José Ortega García, y como apelado, Banco Santander, S.A., representado/a por el/a Procurador/a D^a. Rosa M^a de la Salud Bermell Espeleta y

defendido/a por el/a Letrado/a D^a.

Es Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. Adela Bardón Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada literalmente establece: “*DESESTIMAR la demanda interpuesta por contra BANCO SANTANDER SA y ABSUELVO a la referida demandada de los pedimentos efectuados en su contra. Todo ello con imposición de costas procesales al actor.-*”.

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Sentencia estimando íntegramente la demanda, con imposición de costas de primera instancia a la parte demandada, y subsidiariamente, se solicita que en caso de confirmación de la sentencia apelada, absuelva al apelante de las costas procesales en ambas instancias debido a la existencia de la jurisprudencia favorable y que se opone a lo dictado en primera instancia. Por un Otrosí Digo, solicitaba la práctica de prueba pericial.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte sentencia confirmando la dictada en primera instancia, con imposición de costas causadas en esta alzada a la parte apelante. Por un Otrosí Digo solicitaba la inadmisión de la prueba pericial solicitada por la parte apelante.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 4 de mayo de 2016 se formó el presente Rollo y se designó Magistrada Ponente, se tuvieron por personadas las partes. Por Auto de fecha 11 de mayo de 2016 se inadmitió la práctica de la prueba pericial solicitada por la parte apelante y por Providencia de fecha 1 de junio de 2016 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 27 de junio de 2016, llevándose a efecto lo acordado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los de la resolución recurrida en cuanto resulten contrarios a los siguientes:

PRIMERO.- D. formuló demanda contra el Banco Santander SA, en ejercicio de la acción de nulidad de la compra de Valores Santander, por error en el consentimiento, pidiendo la restitución recíproca de prestaciones, o subsidiariamente ejercita la acción de responsabilidad por incumplimiento contractual derivada de la falta de información en la compra de dichos valores, solicitando la indemnización de daños y perjuicios y en concreto pide que se condene a la demandada a devolver la cantidad invertida, 40.000 €, menos los intereses cobrados por esa parte que se determinen en ejecución de Sentencia, más el interés legal del importe invertido desde la contratación hasta que se dicte Sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago, más las costas del procedimiento, declarando la titularidad de la demandada o entidad que por ésta se designe sobre los valores o acciones objeto de este procedimiento, consolidando la propiedad sobre las mismas.

La Sentencia dictada en primera instancia ha desestimado la demanda, tras rechazar que la acción estuviera caducada, al tener en cuenta las circunstancias personales del demandante y en concreto su profesión de director financiero de una sociedad mercantil en el ramo de la cerámica, lo que le hace conocedor de la operativa mercantil y de los productos asociados, y valora igualmente que con anterioridad a esta inversión había adquirido dos fondos de inversión y después de la misma un contrato de seguro de inversión, que entiende que es un híbrido entre un seguro de vida y un fondo de inversión, destacando igualmente los beneficios que generó el producto con unos rendimientos acreditados de 9.598,65 €, considerando que es difícil mantener la existencia de error en el consentimiento, ya que con una mínima diligencia hubiera sido consciente del producto adquirido, valorando igualmente que durante años ninguna objeción hizo al producto adquirido, que estaba avalado por una entidad financiera solvente y que tenía una relevante rentabilidad inicial, si bien sometido a los avatares bursátiles, circunstancias que afirma que

eran conocidas por el demandante, descartando por todo ello la concurrencia de error en el consentimiento, error que en todo caso debería ser calificado como excusable, no apreciando tampoco un incumplimiento contractual que pueda dar lugar a las indemnizaciones solicitadas de forma subsidiaria.

Frente a esta resolución interpone recurso de apelación la representación

alegando en el primer motivo del recurso que ha habido error y omisión en la valoración de la prueba, al considerar que fue inexistente la evaluación del perfil del actor con carácter previo a la contratación, por la inexistencia de fase precontractual, por la inexistencia de información debida en fase contractual, por el perfil especulador y experto en productos complejos que se atribuye al demandante y que éste descarta y en atención al carácter complejo y de riesgo del producto. Y en segundo lugar se considera que la Sentencia de instancia es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo que cita en diversas resoluciones. Y finalmente se opone al pronunciamiento referido a las costas, al considerar que concurren dudas jurídicas ante la existencia de Sentencias totalmente contradictorias.

SEGUNDO.- En primer lugar, antes de entrar en el examen del recurso de apelación, debemos hacer mención a lo que se alega en el escrito de oposición al recurso de apelación en cuanto se defiende que el mismo no puede prosperar al no haber delimitado el apelante los pronunciamientos que se impugnan, citando jurisprudencia anterior a la actual redacción de los artículos 457 y siguientes de la LEC, cuando aun existía la fase de preparación del recurso, siendo que en el caso que nos ocupa ninguna duda puede concurrir sobre cuales son los pronunciamientos impugnados cuando se ha desestimado la demanda y se han impuesto las costas de la primera instancia a la parte demandante, por lo que resulta evidente de la mera lectura del recurso que lo que se pretende es la estimación de la demanda y es este el pronunciamiento principal impugnado, siendo además el último de los motivos el referido a las costas de la primera instancia, con la pretensión de que se deje sin efecto dicha imposición, por lo que ningún obstáculo concurre en este sentido para conocer los pronunciamientos que impugna la parte apelante, rechazando en consecuencia dicha pretensión.

TERCERO.- Comenzando por el examen del recurso de apelación, tal y como hemos expuesto, la primera acción ejercitada es la de nulidad por error en el consentimiento, por lo que se hace preciso hacer referencia a los requisitos exigidos para apreciar dicho error, para

continuar con las obligaciones impuestas a las entidades bancarias en cuanto a la información que deben suministrar a sus clientes, para decidir seguidamente cuales son las circunstancias del caso enjuiciado que han resultado de la prueba practicada a fin de determinar la posible concurrencia del error que se denuncia o el incumplimiento contractual por falta de información, para determinar por último la estimación o no de la demanda.

En primer lugar cabe hacer mención a la doctrina legal sobre el error invalidante del consentimiento, regulado en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil. Como dice la STS de 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010/7587) *"para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo"*. La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006, se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, *"[...] es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, [...], y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe [...]"*.

Más recientemente, dice la STS de 15 de noviembre de 2012 (Roj: STS 7822/2012) que:

"el error vicio, que se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser, entre otros requisitos - en cuyo examen no consideramos necesario entrar, dadas las circunstancias -, excusable. Así lo exige la jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo, entre otras muchas -, que toma en consideración la conducta de quien lo sufre y niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoró - "quodquis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire" (no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre) - y, en la situación de

conflicto producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”.

Dicha doctrina debe ser matizada en contratos como el que aquí nos ocupa al relacionarla con el deber de información que se impone a las entidades que actúan en el mercado de valores, para lo que cabe recordar que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que transpone las Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y 2006/49/CE, introduciendo la llamada normativa Mifid, que aquí no resulta aplicable por ser posterior al contrato que nos ocupa, lo que no impide el examen de la normativa vigente en aquel momento, que, como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 535, de fecha 15 de octubre de 2015, ROJ:STS 4237/2015- ECLI:ES:TS:2015:4237, también imponía un estándar muy alto en el deber de información a los clientes, al referirse a que *“La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».*

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos.

La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer

normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta

y de fácil comprensión para los mismos».

4.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta 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».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al

incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

5.- Tampoco se considera correcta la afirmación de la recurrente en el sentido de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante podía haber buscado asesoramiento con anterioridad a la suscripción del contrato de swappa para despejar el error.

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia".

Y desde esta perspectiva debemos analizar la concurrencia en el caso enjuiciado del error en el consentimiento que se ha podido generar por el incumplimiento de los deberes de información, que según hemos expuesto pesaban sobre la entidad bancaria, y según se destaca en la resolución a que estamos haciendo mención, con cita de las Sentencias de la misma Sala núm. 385/2014, de 7 de julio, y 110/2015, de 26 de febrero, "lo relevante no es si la información que la empresa de servicios de inversión había de facilitar a su cliente debía incluir o no la previsión de evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía".

Y termina concluyendo que *"Para que exista asesoramiento por parte de la empresa de inversión a su cliente (y por tanto tal asesoramiento haya de prestarse cumpliendo las exigencias de la normativa general y sectorial) no es requisito imprescindible la existencia de un contrato de asesoramiento "ad hoc" de los previstos en el art. 63.g) de la actual redacción de la Ley del Mercado de Valores (en la vigente en el momento de la inversión, se refería al servicio de asesoramiento el art. 63.f). Basta con que la iniciativa de la contratación del producto o del servicio parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto o servicio a su cliente recomendándole su contratación. Tal conducta tiene la naturaleza de asesoramiento y debe cumplir los requisitos que establece la normativa de servicios financieros y de inversión"*.

CUARTO.- En el presente supuesto resultan aplicables tales consideraciones, aun cuando el producto financiero contratado no haya sido un swap sino un producto de inversión diferente denominado Valores Santander con el que mantiene similitudes en cuanto también se trata de un contrato complejo, con importantes riesgos como es el de la pérdida de la inversión, y que tiene igualmente un componente de aleatoriedad.

Se refiere a las características de esta operación financiera la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5, núm. 581, de fecha 12 de mayo de 2016, ROJ: SAP A 3/2016- ECLI:ES:APA:2016:3, indicando que son las siguientes: *"1) En el marco de la oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias del banco ABN Amro, formulada por Banco Santander junto con otras dos entidades, se procedió a la ampliación de su capital para financiar la adquisición de las acciones y se emitieron Valores Santander por valor nominal de 5.000 euros cada uno de ellos y por un importe total de 7.000.000.000 euros; 2) Si no se adquiría ABN Amro, la amortización de los Valores se produciría el día 4 de octubre de 2008 con reembolso del nominal del Valor más la remuneración a un 7,30 % nominal anual (7,50% TAE); 3) Si se adquiría ABN Amro, como así se produjo, los Valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión; en ningún caso, se produciría el reembolso en metálico. El canje de los Valores en obligaciones y la conversión de éstas en acciones se produciría simultáneamente. Para la conversión, la acción Santander se valorarían al 116% de su cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles. El canje se produciría voluntariamente por el titular de los valores el día 4 de octubre de*

2008, 2009, 2010, 2011 y obligatoriamente el día 4 de octubre de 2012; 4) La retribución al titular de los Valores se fijaba en un tipo de interés anual del 7,30 % hasta el día 4 de octubre de 2008 y del Euribor más 2,75% a partir de esa fecha".

A partir de estos datos debemos valorar las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, donde en primer lugar debemos indicar que hubo un contrato de asesoramiento por parte de la entidad bancaria, en los términos que hemos expuestos en el anterior fundamento de derecho, en cuanto consideramos que hubo una oferta personalizada al cliente del referido producto, ya que según resulta del documento número 4 de los acompañados a la demanda, fue en fecha 19 de septiembre de 2007, cuando el banco inscribió en la Comisión Nacional del Mercado de Valores el folleto informativo relativo a la oferta de suscripción de Valores de Santander, no obstante días antes, el 14 de septiembre de ese año 2007, fue cuando se firmó la Orden de Valores que se ha acompañado a la demanda como documento número 1A, por lo que difícilmente con anterioridad a esa inscripción del folleto informativo podía el cliente conocer el producto y firmar el indicado documento sino era por habérselo ofrecido desde la entidad bancaria.

Además cabe hacer mención a que declaró como testigo en el acto del juicio, quien dijo ser la directora de la sucursal bancaria y la persona que había intervenido en esa contratación, que manifestó que era un producto muy interesante y que incluso familiares suyos lo habían suscrito por habérselo recomendado, por lo que esto es lo que resulta que debió de ocurrir también con el demandante, al no conocerse otros cauces por los que pudiera haber llegado a conocer la oferta del producto que emitía el banco, de forma que hay que concluir que hubo asesoramiento por parte de la entidad bancaria lo que supone mayores deberes de diligencia en la comercialización.

Antes de la firma del indicado documento, tal y como antes hemos expuesto, debía el banco haberse informado de la situación financiera del cliente, de su experiencia en materia de inversiones y de sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados, ya que aunque es cierto que en aquella fecha no era exigible la realización de un test de conveniencia y de idoneidad, sí que era exigible que el banco realizara esas averiguaciones, examinando el perfil del cliente, a fin de transmitir la adecuada información, nada de lo que consta que se hiciera.

Al acto del juicio comparecieron dos testigos, que dijeron ser empleadas de la entidad bancaria, una de las cuales no tuvo relación con el demandante, cuando se realizó la contratación de estos productos por no trabajar en esa sucursal en aquellos momento, y la otra a la que ya nos hemos referido, era la directora de la indicada sucursal, y lo que manifestaron sobre el cliente era que lo conocían porque era el director financiero de una empresa cerámica que trabajaba con esa sucursal bancaria, indicando la primera de las testigos que sabía que trabajaba en el departamento de contabilidad y que venía al banco a traer las remesas de pagarés y de impuestos, y aunque ese cargo de director financiero, también consta en el documento número 13 de la contestación a la demanda, no consideramos que por ese sólo dato pueda quedar exento el banco de analizar el perfil del cliente y de facilitarle la información necesaria y adecuada para adoptar su decisión, lo que no se ha demostrado que se hiciera desconociendo realmente que era lo que este cliente conocía sobre el producto que contrataba.

Resulta conveniente recordar lo que se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo, núm.633, de fecha 13 de noviembre de 2015, que se cita por la parte apelada, en cuanto se indica que *“el suministro de una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros.*

El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente ese carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

Tampoco lo supone el hecho de que el administrador realizara la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas. Hemos afirmado en la sentencia núm. 549/2015, de 22 de octubre de 2015, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.”

Estas consideraciones resultan aquí plenamente aplicables aun cuando el producto contratado en este caso no fuera un swap, porque también se trata de un producto complejo y de riesgo, de forma que no basta con destacar el dato de que el cliente era el director financiero de una empresa cerámica para atribuirle conocimientos en el mercado de valores, y para que el banco quede exento de las obligaciones que hemos destacado en cuanto a la información que debía suministrarle, porque es diferente que tuviera capacidad para conocer el producto si se le explicaba, que es lo que dijo la segunda de las testigos, a que esa explicación se hubiera dado.

En la Sentencia de primera instancia se ha tenido en cuenta para desestimar la demanda este dato de que el demandante era el director financiero de una empresa y además que tenía otras inversiones de productos complejos.

Consta en este sentido como documentos números 6 y 8 de los aportados con la contestación a la demanda que previamente a la contratación de Valores Santander el Sr. tenía contratados con el Banco de Santander dos fondos de inversión, el primero denominado Santander Renta Activa FIM y el segundo Santander Fondtesoro Corto Plazo FI, pero esto no supone que pueda calificarse al demandante como experto inversionista, o que esas contrataciones previas tengan relación alguna con la que aquí nos ocupa, pudiendo influir en el conocimiento del producto que el actor tenía.

Se adjunta además con la contestación a la demanda, como documentos números 7 y 9, los folletos informativos de estos fondos de inversión, pudiendo apreciar que en ambos casos se trata de productos muy diversos, así en cuanto al primero, Santander Renta Activa FIM, lo primero que consta es que la inversión se realiza en un 93% en Renta Fija y en un 7% en Renta Variable, por lo que no parece que presente riesgos tan elevados como los Valores Santander en cuanto a la posible pérdida de la inversión. Y lo mismo sucede en cuanto al fondo de inversión denominado Santander Fontesoro Corto Plazo FI, en cuyo folleto se indica que el perfil de riesgo del fondo y del inversor es muy bajo, estando invertido el 70% en Deuda del Estado y el 30% restante en otros valores de renta fija de la Deuda del Estado negociada en un mercado secundario organizado.

Y también se ha aportado como documento número 11 un seguro de vida en la modalidad Unit Linked, pero esto tuvo lugar después de la contratación que aquí nos ocupa,

en fecha 23 de julio de 2008, y aunque según declararon los testigos es un producto también complejo, según consta en el folleto que se ha aportado como documento número 12 y de acuerdo a lo que declaró en el juicio la directora de la entidad bancaria, se trata de un producto híbrido entre un seguro de vida y una inversión, por lo que no parece que pueda afectar en nada su contratación a la de los Valores Santander, desconociendo además la información que se facilitó al cliente previamente a su suscripción.

Nos recuerda en esta cuestión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 4, núm. 218, de fecha 3 de mayo de 2016, ROJ: SAP S 188/2016 -ECLI:ES:APS:2016:188, en un supuesto en el que se examina la nulidad del mismo producto financiero que *“la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 25 de febrero de 2016), según la cual aunque los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares, ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo*

puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes”.

De cuanto llevamos expuesto resulta que hubo un primer incumplimiento de la entidad bancaria al no evaluar al cliente, a fin de decidir sobre la conveniencia del producto contratado, ya que además la única de las testigos que intervino en esa contratación dijo no recordar lo ocurrido en este caso concreto, de forma que lo que declaró fue porque según manifestó era lo que se hacía habitualmente no porque en este supuesto se hubiera hecho.

Y en cuanto a la información previa que debía recabarse del cliente, lo que explicó fue que en esas fechas no estaba en vigor la normativa Mifid, lo que aun cuando es cierto, según hemos dicho, no eximía al banco de los deberes antes indicados, en cuanto a indagar sobre el perfil del cliente y a la conveniencia para el mismo del producto.

Tampoco se conoce ni se ha acreditado cual fue la información precontractual que se ofreció al actor, ya que tal y como antes hemos expuesto antes y de acuerdo con los documentos aportados por las partes, lo que consta es que en fecha 14 de septiembre de 2007 se firmó lo que se denominó como Orden de Valores, que en fecha 19 de ese mes de septiembre se aprobó por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el folleto informativo relativo a la oferta de suscripción de Valores Santander, y que el día 4 de octubre de 2007 se hizo el cargo en cuenta de la cantidad de 40.000 €, que fue la invertida en ese producto financiero.

A partir de estos datos la versión de la demandada es que el primer documento que hemos mencionado y que han aportado las dos partes fue una reserva que se hizo pendiente de que se aprobara el mencionado folleto por la Comisión del Mercado de Valores y que después de esa aprobación fue cuando se suscribió el producto, en un documento que también han aportado las dos partes, y que no tiene fecha.

A esa reserva previa se refirieron también las dos testigos que declararon en el acto del juicio habiendo manifestado la directora de la sucursal que la letra manuscrita del documento era suya, que es habitual recoger reservas, y que en ese momento se debieron explicar las características del producto, que eran reservas no vinculantes que se podían anular. No obstante de la lectura de ese documento que se firmó el día 14 de septiembre de

2007 no consta que se tratara de una reserva y ninguna referencia se hacía a la posibilidad o a la forma de anular esa contratación aun cuando fuera una reserva. El documento lleva por título Orden de Valores y lo que se refleja antes de la fecha y de la firma es que el ordenante, el cliente, manifestaba que conocía el contenido y la transcendencia de la indicada orden, que había sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación, autorizando a la entidad a asentar los importes en otra cuenta que posea si, en caso de débito, no tuviera saldo disponible, y en último extremo, a la enajenación de los valores en un mercado organizado en la cantidad necesaria para resarcirse de la que se acredite, así como a reclamar la cantidad adeudada, o la parte de la misma que quedara pendiente después de realizar la venta y sus intereses al tipo publicado por la entidad en cada momento para los descubiertos en cuenta.

Se trata de advertencias más propias de la contratación de los Valores Santander que de una reserva a la que ninguna mención se hacía, pero es que además se desconoce cual fue la explicación que se dio al cliente cuando firmó el indicado documento, porque es diferente afirmar que se debió de haber informado en aquel momento de las características del producto a que realmente se hiciera, siendo lo primero lo que declaró la testigo que compareció en primer lugar al juicio, quien, como ya hemos dicho, reconoció que la letra manuscrita de ese documento era suya y que en el apartado de clase y denominación del valor se hizo constar "*participaciones preferentes*", producto diferente al contratado y cuya mención denota que realmente la persona responsable de la entidad bancaria no conocía ni por tanto podía explicar en que consistía la inversión que el cliente estaba realizando.

Pero es que incluso la testigo se refirió a que era obligatoria la entrega del tríptico, del folleto informativo, pero dijo que ese documento salía automáticamente al realizar la suscripción de la orden y que era cuando se daba, de lo que resulta que no se entregaba previamente sino en el mismo acto de la contratación cuando ya fue aprobado, impidiendo con ello su lectura previa y comprensión de las características y riesgos de la inversión que se hacía.

Resulta ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, que antes hemos mencionado núm. 218/2016, en cuanto al examinar el contenido del tríptico de las condiciones de emisión de los Valores Santander se refiere a que el banco no podía limitarse a entregar ese documento, pues en este se manejan unas categorías de no fácil

comprensión para un cliente minorista (valores, obligaciones, canje, convertibilidad, emisión de OPA, condiciones de subordinación, limitada liquidez del producto, posibilidad de no declaración de la remuneración, etc.). Y respecto a los riesgos de este producto expone en su fundamento de derecho noveno que *“presentaba importantes riesgos para el cliente, que no se destacan con rotunda claridad en el tríptico de condiciones de emisión de los Valores Santander. El primero y principal es que el percibo del interés resulta secundario, puesto que la verdadera suerte final del producto viene a consistir en una suerte de apuesta sobre la evolución de la cotización de la acción Santander en un periodo que podía superar el año. En el fondo, se invitaba al cliente a apostar, de modo que si la acción subía, ganaba; y si no alcanzaba el 116%, perdía (ciertamente, el interés menguaba esa pérdida, pero no lo es menos que el interés remunera principalmente la entrega del capital, esto es, la entrega del precio de los Valores Santander). El segundo riesgo, que no se advierte al cliente con la necesaria claridad, es que el número de acciones que recibiría en el momento del canje dependía, no del valor de que tuviera la acción en dicho momento, sino en la fecha de emisión de las obligaciones convertibles, que podía ser anterior en más de un año. Como tercer riesgo cabe destacar que quedando a voluntad de Banco Santander durante diez meses la adquisición de ABN Amro (con el límite del 27 de julio de 2008), podía decidir hacerlo en una fecha en que la cotización de la acción fuera alta, o más alta que la que previsiblemente tuviera en la primera fecha de canje (4 de octubre de 2008).”*

No tiene la relevancia que se ha otorgado por el Juez de primera instancia a los rendimientos obtenidos, porque aquí lo trascendente que debía ser objeto especial de información era lo que ocurría con la inversión, lo que no consta que se advirtiera de alguna otra forma diferente a la mera entrega de ese folleto al cliente en el momento de la contratación.

La directora de la sucursal bancaria que intervino en esa operación dijo que ella siempre lo explicaba con un gráfico de la evolución de las acciones en los últimos años, y que lo que pasó fue que esa evolución en aquellos momentos era muy positiva, que estuvo un tiempo subiendo y que después empezó a bajar. Interesa destacar en este extremo una de las conclusiones alcanzadas en el informe pericial que se ha acompañado a la demanda, en cuanto se afirma que no consta que la entidad ofreciera información al cliente sobre la evolución previa de las acciones del Santander, y que desde enero de 2007 hasta el día de la suscripción el 14 de septiembre de 2007, la evolución de la acción ya acumulaba una caída

del 11%, lo que coincidimos en que no resulta acreditado que fuera objeto de información, y tampoco se ha probado que se informara al cliente de que podían llegar a alcanzarse unas pérdidas en un porcentaje tan elevado como el que finalmente se tuvo del 56% del importe invertido.

Nuestra conclusión es por tanto que esa falta de información precontractual y contractual, determina entender justificado en este supuesto la concurrencia de un error en el consentimiento prestado por el demandante que justifica la declaración de nulidad del contrato, encontrándonos ante un supuesto similar al de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015, en el que se determinó también que *“el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa”*.

Procede por tanto y en definitiva estimar los motivos del recurso de apelación interpuesto y revocar la resolución recurrida que dejamos sin efecto, acordando por el contrario la estimación de la demanda en el sentido solicitado.

QUINTO.- En cuanto a las costas de la primera instancia se imponen a la parte demandada, ante la estimación de la demanda y de acuerdo con lo establecido en el artículo 394-1 de la L.E.C., no dando lugar a lo que alega en el último de los motivos del recurso de apelación en el que opone la concurrencia de dudas jurídicas ante la existencia de Sentencias contradictorias.

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra en materia de costas procesales del principio de vencimiento objetivo, de forma que la parte que vea rechazadas sus pretensiones es quien debe soportar dichas costas, siendo cierto que dispone una excepción para el caso de que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, añadiendo el precepto que para apreciar, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares, que es lo que se solicita que apliquemos y que en este supuesto no entendemos concurrente,

porque si bien en relación al producto contratado pudieran haberse dictado Sentencias en sentido diverso por las Audiencias Provinciales la jurisprudencia del Tribunal Supremo que citamos en el recurso es reiterada, en supuestos como el que aquí no ocupa de contratos bancarios complejos y de riesgo, en relación a los requisitos que deben concurrir para estimar dicha acción y que aquí consideramos concurrentes, lo que también hemos apreciado en la Sentencia de esta Sala núm. 362, de fecha 30 de diciembre de 2015, donde también estimamos por unos argumentos similares la confirmación de la demanda en la que igualmente se pedía la nulidad del contrato Valores Santander .

No realizamos por el contrario expresa imposición de costas de la alzada, al estimar el recurso de apelación y a tenor de lo establecido en el artículo 398-2 de la LEC.

Por otro lado, deberá procederse a la devolución del depósito constituido para recurrir conforme lo previsto en el ap. 8 de la Disp. Ad. Decimoquinta de la LOPJ.

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

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de
contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del
Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón en fecha veintitrés de noviembre de
dos mil quince, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 226 de 2015,
REVOCAMOS la resolución recurrida que dejamos sin efecto, acordando **la estimación de
la demanda declarando la nulidad del contrato Valores Santander suscrito entre las
partes, por error en el consentimiento, así como de las ordenes de compra de dichos
valores, canje y contratos vinculados con la citada operación bancaria, debiendo las
partes restituirse recíprocamente las prestaciones, condenando a la demandada a
abonar al actor la cantidad de 40.000 €, más los intereses de esta cantidad desde la
fecha del cargo en cuenta, lo que tuvo lugar el día 4 de octubre de 2007, minorando el
importe resultante con los rendimientos percibidos por el demandante por el indicado
producto, más los intereses de esos rendimientos desde la fecha de cada pago,
aplicando desde la fecha de esta resolución y hasta su efectivo pago a la cantidad
resultante los intereses del artículo 576 de la LEC, es decir el interés legal**

incrementado en dos puntos, debiendo devolver el demandante los títulos que consten a su favor como consecuencia de esa contratación.

Se imponen las costas de la instancia a la parte demandada y no se realiza expresa imposición de costas de la alzada.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir al estimar el recurso de apelación.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

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