

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4

Avda Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942357137

Fax.: 942357143

Modelo: AP004

Procedimiento Ordinario 0001032/2015 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**Nº: **0000426/2016**

NIG: 3907542120150012503

Resolución: Sentencia 000095/2017

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	AUGE(ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES)	DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Apelado	BANCO SANTANDER SA	RAUL VESGA ARRIETA

SENTENCIA nº 000095/2017

Ilma. Sra. Presidente

D^a. María José Arroyo García

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Joaquín Tafur López de Lemus

D^a. María del Mar Hernández Rodríguez

En Santander, a 21 de febrero del 2017.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario 1032/15, Rollo de Sala nº 0000426/2016, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 de Santander.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante AUGE (ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES), representada por el Procurador Sr. DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID, y defendida por el Letrado Sa. ANTONIO DAVIDE MUSUMARRA; y parte apelada impugnante BANCO SANTANDER SA, representado por el Procurador Sr. RAUL VESGA ARRIETA, y asistido del Letrado Sr. DAVID FERNANDEZ DE RETANA.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Tafur López de Lemus.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 16 de mayo del 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por AUGE, ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES, actuando en representación de

a la citada demandada de todas las pretensiones contra ella ejercitadas con expresa condena en costas a la parte demandante”.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, Y BANCO SANTANDER S.A. impugno la sentencia, recursos ambos que fueron admitidos a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado ambos se remitieron las actuaciones a la Il.ª Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander es apelada por la demandante e impugnada por la mercantil demandada. La primera, en petición de otra que estime íntegramente la demanda y condene de conformidad con lo interesado en el suplico de dicho escrito; y la segunda, en petición de una sentencia que estime la excepción de falta de legitimación activa de la asociación de consumidores acora y ordene el sobreseimiento del procedimiento. Por el carácter perentorio de la excepción, conoceremos en primer lugar de la impugnación, que reitera que concurre la excepción, y ello sobre la base de cinco razones: (1) la legitimación extraordinaria prevista en el artículo 11.1 LEC está limitada a la defensa de los intereses de los asociados en cuanto miembros de un colectivo (la asociación) o a la de los intereses generales de los consumidores, por lo que no comprende la tutela de intereses individuales aunque estos hubieran sido lesionados por actos homogéneos; (2) en el presente procedimiento no se ejercita acción alguna regulada en la LDCU; (3) la normativa de consumidores y usuarios no es aplicable operaciones especulativas como la adquisición de Valores Santander; (4) la admisión de legitimación de las asociaciones de consumidores para ejercitar acciones tuitivas de intereses particulares de sus asociados otorgaría, de facto, a estos especiales prerrogativas, como sería la de disfrutar del derecho de asistencia jurídica gratuita o la exención del pago de tasas judiciales; (5) la condición de parte procesal legítima de la asociación actora requeriría del otorgamiento de poder especial, que no se acompaña a la demanda (art. 264.2º LEC).

SEGUNDO.- La impugnación de la sentencia debe decaer por las siguientes razones. La primera, porque no acierta este Tribunal a comprender en qué consistiría, en el orden práctico, una legitimación que se ciñe a la "defensa de los intereses de los asociados en cuanto miembros de un colectivo (la asociación)". Si el artículo 11.1 LEC concede legitimación a la asociación "para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados", no se entiende por qué esos intereses no pueden ser los individuales de cada asociado. Y siendo tan amplia esa previsión legal de legitimación, no hay razones para limitarla.

TERCERO.- La segunda razón estriba en que la actuación de la asociación de consumidores en defensa de los intereses de un asociado,

para ser legítima, solo precisa que conecte con el ámbito de actuación que es propio de la asociación, que es la defensa de los derechos de los consumidores (en este caso, asociados). Si en el acto de defensa del interés individual del asociado (en nuestro caso, la demanda) están concernidos derechos del asociado que se integran en su condición de consumidor, la actuación de la asociación será legítima. Y esos derechos no solo son los la legislación de consumidores y usuarios protege mediante específicas acciones, sino todos los derechos que integran el estatuto del consumidor (entre los que se encuentra el de recibir una información detallada del bien o servicio que contrata). Y es que esa legislación, más que acciones, contempla derechos, que son ejercitables a través de acciones civiles generales (de cumplimiento o incumplimiento de contrato, de nulidad, etcétera).

CUARTO.- La tercera razón estriba en que la doctrina jurisprudencial que sostiene que las operaciones especulativas no están protegidas por la normativa de consumidores y usuarios, debe considerarse superada. Así, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2017, concluye que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física, y ello con base en que la jurisprudencia comunitaria ha considerado que esa intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de noción de consumidor. Según el Tribunal Supremo, solo cuando la persona física realice esas actividades lucrativas con regularidad, o realice varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que con tales actos realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal del empresario, conforme establece el artículo 1.1 CdC. Sin embargo, la hoja inversora de los señores [REDACTED] (obrantes a los folios 967 y ss) en absoluto revela que estemos ante unos profesionales de la inversión.

QUINTO.- La cuarta razón que sirve a Tribunal para rechazar la impugnación es que la concesión de determinados beneficios fiscales o procesales a las asociaciones de consumidores no necesariamente determinan que la legitimación de estas se ciña a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores, puesto que el legislador también ha podido querer proteger a los consumidores individuales, dada la especial debilidad de estos frente a los empresarios. Por último -y es la quinta consideración-, la cuestión relativa a que la condición de parte procesal legítima de la actora requeriría del otorgamiento de poder especial debe considerarse nueva, y por tanto inadmisibile en esta alzada.

SEXTO.- Para bien resolver el recurso de apelación que plantea la actora debemos hacer seis consideraciones previas. La primera consideración estriba en que, según doctrina del Tribunal Supremo (por todas, sentencias de 10 de septiembre y 20 de octubre de 2015, y 12 de febrero de 2016), aunque la suscripción del producto fuera anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso al derecho interno la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), también con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID la normativa del

mercado de valores daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. El art. 79 LMV ya establecía 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 su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, 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, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes: "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".

SÉPTIMO.- La segunda se consideración mira al error como vicio del consentimiento. Como dice la STS de 8 de abril de 2016, debemos remitirnos a la tan citada Sentencia del Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo, según la cual el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos

productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, 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». De ello cabe concluir las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto. 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV)- 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, por sí solo, 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, entonces 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 cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. Como dicen las SSTs de 20 de enero de 2014, 28 de octubre de 2015 y 12 de febrero de 2016, "no es que el incumplimiento del deber de información determine por sí la existencia del error, sino que permite presumirlo".

OCTAVO.- La tercera consideración descansa en 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.

NOVENO.- La cuarta consideración es que, comoquiera que la suerte económica final del producto descansaba no tanto en el percibo del interés cuanto en la evolución que experimentara la cotización de la acción Santander entre el momento en que Banco Santander, S.A., decidiera adquirir ABN Amro (en que se emitirían las obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión, y que quedaría definitivamente fijado el valor de conversión, más un 16%) y la primera fecha en que era posible el canje voluntario (el 4 de octubre de

2008), y que ese período podía superar el año, resultaban fundamental que la demandada hubiera realizado las siguientes seis acciones.

DÉCIMO.- La primera acción es que desmenuzara e hiciera comprensible al cliente el contenido del tríptico de condiciones de emisión de los Valores Santander, 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.). La segunda acción es que detallara los riesgos de la operación, a los que nos referiremos más adelante; y, además, no con la boca pequeña, sino destacándolos, exagerándolos si cabe, y presentándolos como de posible aparición, y no como contingencias sumamente improbables. La tercera acción consiste en que, existiendo un objetivo e importante conflicto de intereses entre Banco Santander y el cliente (al banco, en tanto que accionista -en autorcartera, le interesaba que el importe global desembolsado por los suscriptores de Valores Santander se materializase en la emisión del menor número posible de nuevas acciones, pues cuanto menor fuera este, menos podía descender el valor de la acción en el mercado, y la ampliación de capital sería menos dilutiva), el empleado del banco debió informar de dicho conflicto a los clientes, y de que, como no podía ser de otra manera, el banco buscaría siempre el beneficio propio antes que el ajeno. La cuarta acción consistía en informar al cliente acerca de aquellos hechos relevantes, públicos, notoriamente conocidos por los profesionales de la inversión (como la demandada), que pudieran incidir en una negativa evolución de la cotización de la acción durante el año posterior a la contratación del producto. No decimos que viniera obligada a informarle acerca de la previsible evolución de la cotización. Pero sí de aquella clase de hechos, entre los que, por ejemplo, se encuentran las turbulencias financieras aparecidas en verano de 2007, época a la que se remonta la crisis de las hipotecas subprime en Estados Unidos (agosto de 2007). La sexta acción consistía en informar al cliente de los riesgos que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, son propios de los bonos convertibles en acciones (dicha sentencia, aunque referida a otro producto -bonos del Banco Popular-, es perfectamente aplicable al de autos).

UNDÉCIMO. La quinta consideración lleva a concluir que el producto de autos (que incuestionablemente tiene naturaleza de inversión) 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 consta se advirtiera 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). El cuarto y último riesgo es el que se detalla en la STS.

DUODÉCIMO. La sexta y última consideración encuentra su fundamento en el artículo 7 CC, que en el ámbito la contratación impone a los contratantes la obligación legal de conducirse conforme a las exigencias de la buena fe, lo que se traduce en el deber de lealtad en los tratos preliminares y en la fase de formación del contrato, no entendido ciertamente como búsqueda del interés ajeno, pero sí como prevención del indebido perjuicio que pueda sufrir el otro contratante como consecuencia de la falta de información. Cuando un contrato es complejo (y el de autos indudablemente lo es); y presenta importantes riesgos económicos para la otra parte, la medida del deber de buena fe se acrecienta, hasta imponer al predisponente una cumplida, detallada y completa información acerca de las características del contrato y de los especiales riesgos que para el cliente comporta. Y esto, no simplemente por consecuencia de lo dispuesto en tal o cual decreto o directiva, sino por exigencia misma del deber de ser leal con la otra parte contratante. Remedando en esto a un destacado autor, puede decirse que la deslealtad de una parte es independiente de la actitud de la parte afectada (de su ingenuidad, candidez y actitud confiada), ya que no se puede premiar aquella con pretexto de la confianza ajena, como si el Derecho debiera ser más protector de los astutos que defensor de los confiados. Por virtud del principio de buena, BANCO SANTANDER debió informar a señores [REDACTED] con precisión e intensidad, de los siguientes extremos: primero, que si la acción bajaba, ello tendría un importante coste para aquellos; segundo, que tal bajada resultaba perfectamente posible (como el tiempo demostró); tercero, que dichos señores tanto podían ganar como perder, y que si la acción Santander bajaba mucho, perderían mucho; y cuarto, que la esencia del contrato no era la de percibir un interés, sino otra muy distinta: arriesgar, de manera que si la acción subía, el cliente ganaba, y si bajaba, perdía (y si bajaba mucho, perderían mucho).

DECIMOTERCERO.- En atención a las anteriores consideraciones, debe ser acogida la acción de nulidad fundada en error-vicio del consentimiento, y ello porque: (1) no hay prueba de que los señores [REDACTED] sean inversores profesionales; (2) no consta que la demandada informara a dichos señores, con claridad, de modo amplio y con el nivel de exigencia que hemos detallado anteriormente, de la naturaleza y riesgos que entrañaba la suscripción del producto VALORES SANTANDER; (3) el testimonio prestado por el empleado de la actora no colma esas exigencias que hemos reseñado, porque, con base en él, la sentencia se limita a declarar probado que el banco no asesoró a los les explicó que los valores son un producto convertible en acciones, que los valores estaban vinculados a la cotización de acciones del Banco Santander, que se entregó a los clientes copia del tríptico; (4) ante la falta de constancia de

esa información, se presume el error en el consentimiento; (5) la demandada no ha desvirtuado contundentemente esa presunción.

DECIMOCUARTO.- No puede este Tribunal admitir que, en tanto que no expresamente cuestionada en el recurso de apelación la valoración del testimonio del señor Antuñano, deba tener por probados la totalidad de lo que dijo. Este Tribunal solo puede tener por probado lo que la sentencia considera probado. El resto, no, porque a juicio de este Tribunal ningún valor probatorio (al margen del que estrictamente le ha prestado el juzgador de primera instancia) cabe otorgar a ese testimonio. Y es que siendo la demandada una persona jurídica, y no habiendo tenido su representante en juicio intervención en los hechos controvertidos en el proceso, las manifestaciones vertidas por quien, como el empleado del banco, intervino como representante de este en la negociación habida con el demandante, más que tener valor de prueba testifical lo tiene de prueba de confesión (art. 309 LEC). Y no tiene sentido conceder valor probatorio a las declaraciones del confesante que le benefician a él mismo. Es decir, que el testigo propuesto por la ahora recurrente no es un verdadero tercero que informe de hechos ajenos a su trabajo profesional, sino alguien en quien se "impersona" (valga el neologismo) el banco. Al ser este una persona jurídica sin existencia física, necesariamente debe valerse de una persona física cuando decide realizar labores que precisan un cuerpo, como son las relaciones comerciales con el cliente. A los efectos que nos ocupan puede afirmarse que el empleado, aunque no sea representante legal del banco, actúa por él y en su interés cuando realiza las labores profesionales que le encomienda el banco, como si fuera el propio banco con encarnadura humana. Y en cualquier caso, aunque consideremos que esa prueba es testifical, el testigo no es fidedigno y confiable, por lo que no es razonable concederle crédito, dada su relación laboral con una de las partes y la posibilidad misma de que esté tratando de salvar su propia responsabilidad cuando afirma que actuó con la mayor diligencia posible en el cumplimiento del deber de informar al cliente. Admitir que la declaración que presta una persona física que ha intervenido por una persona jurídica en un negocio, puede servir para declarar probados hechos favorables a la persona jurídica, es tanto como admitir que las respuestas que el confesante emite en sentido favorable para sus intereses pueden servir para declarar probado esos hechos favorables, lo cual no es razonable.

DECIMOQUINTO.- Por último, no podemos admitir que contrato anulable quedara confirmado, como sostiene la demandada, porque si la confirmación exige la plena conciencia del error sufrido, en el caso de autos esta sólo se produjo a partir del momento en que el contrato empezó a ser perjudicial para los clientes, que es cuando tomaron conciencia de su verdadera naturaleza y riesgos. Y tampoco podemos admitir lo que sostiene la apelada-impugnante, esto es, "que el recurso se aparte de la causa de pedir de la demanda, alegando un supuesto e inespecífico error distinto al alegado en la demanda", porque la causa de pedir expresada en la demanda es mucho más amplia, pues no se fundamenta simple y estrictamente en que los clientes pudieron confundir el producto con un depósito a plazo, sino en que no fueron informados de las características y riesgos del producto.

DECIMOSEXTO.- Por cuanto antecede, es visto que el recurso de apelación debe ser estimado, y desestimada la impugnación. Las costas del recurso de apelación no se imponen, y sí las de la impugnación, a la impugnante, al desestimarse íntegramente el recurso esta y no presentar su resolución serias dudas de hecho o de derecho. Por lo que respecta a las de la primera instancia, son de imponer a la demandada, al estimarse íntegramente la demanda y no presentar su resolución serias dudas de hecho o de derecho (artículos 394 y 398 LEC).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad el Rey,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES (AUGE), y desestimando la impugnación planteada por la representación de la mercantil BANCO SANTANDER, S.A., contra la ya referida sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander, debemos revocar y revocamos dicha resolución; y en su lugar, y con estimación de la demanda: (1) declaramos nulo el contrato de compra del producto denominado VALORES SANTANDER, suscrito el día 2 de octubre de 2007 entre BANCO SANTANDER, S.A., y doña

██████████ (2) condenamos a BANCO DE SANTANDER, S.A., a restituir a dichos señores la suma de 150.000 euros, que devengará el interés legal desde la fecha en que entregaron esa cantidad a la demandada; (3) dichos señores deberán devolver a la demandada las acciones recibidas en virtud de la conversión producida en 2012; (4) la cantidad objeto de condena quedará minorada con las cantidades que doña

██████████ hayan recibido en concepto de cupones de los valores, dividendos de las acciones y cualesquiera otras entregas de dinero que BANCO SANTANDER, S.A., les haya hecho y que traigan causa del contrato que ahora anulamos, cantidades todas que devengarán a favor de BANCO SANTANDER, S.A., el interés legal desde las respectivas fechas en que este las abonó. Las costas de la primera instancia se imponen a BANCO SANTANDER, S.A. No se imponen las costas derivadas del recurso de apelación interpuesto por la asociación de consumidores demandante. Las costas de la impugnación de la sentencia se imponen a BANCO SANTANDER, S.A.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

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



PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el/La Letrado/a de la Administración de Justicia doy fe.