

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00247/2016
R. 112/2016

SENTENCIA NÚMERO DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE

Ilmos./a Señores/a:

Presidente:

D. Juan-Ignacio Medrano Sánchez

Magistrados:

D^a María-Jesús De Gracia Muñoz

D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate

En la Ciudad de Zaragoza, a ocho de julio de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, integrada por los/la Magistrados/a del margen, el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en fecha 14 de diciembre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia número Catorce de Zaragoza en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 1035/2014, de que dimana el presente Rollo de apelación número 112/2016, en el que han sido partes, apelante, los demandantes, D. ALBERTO Y D^a CARMEN, representados por el Procurador D. Pedro Chárlez Landivar y asistidos por el Letrado D. Álvaro García Graells, y, apelada, BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora D^a M^a Luisa Hueto Sáenz y asistida por el Letrado D. Alejandro Ferreres Comella, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª. Instancia Número Catorce de Zaragoza, se dictó sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva dice: "Fallo: Que desestimando la demanda planteada por la representación procesal de D. y Dª l contra la entidad Banco Santander, S.A., debo absolver y absuelvo a éste libremente de la pretensión de la parte actora, a quien condeno al pago de las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación y cumplidos los trámites correspondientes se remitieron los autos a este Tribunal, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para discusión y votación el día 1 de julio de 2016, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia es recurrida por la actora en solicitud de que en esta alzada, se estime la demanda y se declare nulo por vicio de consentimiento el contrato de compra del producto VALORES SANTANDER, suscrito con la demandada, y como consecuencia de dicha anulación, se condene a la demandada a la devolución a los demandantes del nominal de las inversiones por un total de 400.000€ con deducción de las sumas percibidas por los demandantes. Subsidiariamente formula acción de daños y perjuicios por el negligente actuar del banco, que se corresponden con la pérdida del valor de los productos.

SEGUNDO.- Previamente a la resolución del recurso, de conformidad con el artículo 271 LEC, debemos resolver sobre la admisión y alcance de la documental aportada en esta alzada. Se trata de la Sentencia 99/2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza el 9 de mayo de 2016, y cuyo contenido guarda, a juicio de esta Sala, indudable relación con lo

que es objeto de nuestro procedimiento, por lo que debe ser aceptada y valorada como prueba al efecto de evitar posibles contradicciones.

En dicha resolución se examina un producto financiero -un swap- que fue comercializado a la par con el contrato de adquisición VALORES SANTADER cuya nulidad se pretende. Los razonamientos jurídicos de dicha sentencia refieren que el 8 de noviembre de 2007 los demandantes contrataron un préstamo de 700.000 euros -de los que 400.000 se invertirían en el producto VALORES SANTANDER-, y que llevó aparejado la contratación de un SWAP sobre un nominal de 500.000€ -inferior, por tanto, al préstamo solicitado-. Se refiere en dicha sentencia que el demandante Sr. es una persona dedicada a la hostelería desde que contaba trece años, además de que actuaba como "presentador" de la entidad demandada con la misión de comunicar al banco el interés de alguna persona en contratar sus servicios. Se analiza en aquella resolución el perfil inversor del demandante, negándose que tenga especiales conocimientos en materia financiera o bursátil. Se describe que el Sr. recibió un préstamo superior al que necesitaba, pues únicamente precisaba 300.000€. Se constató que el Sr. no es un profesional del sector financiero, y que careció de la suficiente información para contratar aquel swap, que, además, resultaba innecesario, por lo menos al principio, habida cuenta que el préstamo tenía un interés fijo hasta abril de 2008. En dicho procedimiento se refiere que no se acreditaba que hubiera habido información suficiente al actor sobre el producto contratado.

En nuestro caso, y con relación a la contratación de VALORES SANTANDER -recordemos que la contratación fue pareja con el préstamo y con el SWAP- resultó acreditado, tras un examen por esta Sala de la video grabación del juicio, por la testifical practicada, que el actor mantenía una relación de plena confianza con el director de la sucursal -Sr. -, pues no olvidemos que, a la sazón, el actor era "presentador" de dicha entidad. El Sr. confirmó que el actor únicamente deseaba un préstamo de 300.000€ para su negocio, y le ofrecieron la contratación del producto VALORES SANTANDER, por lo que se aumentó el préstamo de 300.000 a 700.000€. Incluso reconoció que el actor "les pidió un producto que ofreciera tranquilidad". Resultó probado asimismo que el Sr. "no

explicó los riesgos del producto" [grabación del juicio, 14:49] con la única salvedad de la entrega del tríptico informativo, y que únicamente le hizo al cliente una explicación somera, según el documento manuscrito número 12 de la demanda. Manifestó también que no era su cometido informar al cliente sobre el posible riesgo de previsión de las futuras acciones.

TERCERO.- La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santander ha dictado una reciente sentencia (3 de mayo de 2016) respecto del producto financiero que examinamos, que refleja la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre el deber de información de las entidades financieras a sus clientes acerca de estos productos, doctrina que resulta de utilidad para el análisis del presente recurso de apelación.

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 objeto de examen 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 transposición 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".

Sostiene el Tribunal Supremo (sentencia de 8 de abril de 2016) que de acuerdo a la reiterada doctrina de esa Sala, reflejo del criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste, sino de la forma en que

este último es ofrecido al cliente o posible cliente (apartado 53) y del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE, que define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros; aclarada por el art. 52 Directiva 2006/73/CE, se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor. De lo que se sigue que el simple ofrecimiento de un producto de inversión a un cliente minorista entraña asesoramiento.

Según el TS, 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.

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”.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 25 de febrero de 2016), refiere que 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.

CUARTO.- Proyectando estas consideraciones sobre el supuesto concreto que debatimos, y a la vista de la prueba practicada, llegamos a la conclusión de la absoluta falta de información de la demandada a su cliente con relación a la adquisición del producto financiero VALORES SANTANDER, así como de los riesgos que entrañaba dicha operación, y que el Banco obró con absoluta falta de transparencia y ausencia de lealtad que debía a su cliente, y ello por lo siguiente:

1º) Resultó probado que fue el propio Banco quien ofreció dicho producto al demandante, que, a la sazón, siendo “presentador” del BANCO, se deduce inequívocamente que confiaba absolutamente en la entidad. El demandante únicamente precisaba para su negocio un préstamo de 300.000€, y salió del banco -permitasenos esta expresión- con un préstamo de 700.000€, un SWAP con un nominal de 500.000€ absolutamente inútil (sobre todo teniendo en cuenta que los primeros meses el préstamo era a interés fijo) y gravemente

perjudicial para los intereses del cliente, e invirtiendo de dicho préstamo la suma de 400.000€ en VALORES SANTANDER.

2º) En la contratación del SWAP se demostró la falta de información sobre el mismo al demandante, lo que permitiría ya inferir que el BANCO actuó del mismo modo en la venta de VALORES SANTANDER.

3º) El demandante quería una inversión segura que le ofreciera "tranquilidad" [véase testifical del Sr. grabación del juicio], siendo que el producto suministrado VALORES SANTANDER era un producto altamente complejo y derivado con varias opciones, es decir, no era de fácil comprensión (véase pericial del Sr. Lamod y su declaración en juicio); y que no era un producto adecuado para inversores minoristas. Este perito declaró que BANCO DE SANTANDER estuvo manipulando durante meses la cotización de este valor. Es decir, este producto no estaba exento de riesgos.

4º) La explicación suministrada por el Sr. ue comercializó el producto, sugería que era un producto exento de riesgo y con alta rentabilidad. Así se deduce de las explicaciones por él manuscritas obrantes al documento 11 folios 419 y 420, que insinúan unos rendimientos de 29.000€ anuales, 19.458€ con las acciones, "que puede sacar todo 400.000€", según figura en dicho manuscrito.

5º) El Sr. no explicó los riesgos del producto, "aparte de esta explicación (es decir, la manuscrita), únicamente se facilitó el tríptico informativo" [vídeo grabación, 14:49]. Tampoco informó sobre el riesgo de previsión de las acciones, manifestando el testigo que "no era su cometido".

6º) Todo ello se corrobora con la testifical de la hija del Sr. que confirma que "les vendieron el producto porque con él amortizaban el préstamo".

En síntesis, BANCO DE SANTANDER no sólo se limitó a entregar el tríptico con una absoluta falta de información sobre la complejidad del producto, sino que vendió dicho el mismo como si de un valor seguro con alta rentabilidad se tratara, que permitiera amortizar un préstamo solicitado por el demandante. No sólo BANCO DE SANTANDER no detalló los riesgos de dicha operación a un cliente que quería

"seguridad" y que tenía plena confianza en su entidad, sino que le vendió dicho producto financiero como si de un remedio se tratara. Los riesgos del producto no se detallaban en el tríptico de condiciones y, aunque así hubiera sido, la limitada e interesada información suministrada por el empleado del Banco hubiera invitado a no prestar atención a los mismos.

Como refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, antes citada, "el artículo 7 CC, 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 aquélla 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 al actor, con precisión e intensidad, de los siguientes extremos: primero, que si la acción bajaba, ello tendría un importante coste para él; segundo, que tal bajada resultaba perfectamente posible (como el tiempo demostró); tercero, que el actor tanto podía ganar como perder, y que si la acción Santander bajaba mucho, perdería 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)".

QUINTO.- Por todo lo expuesto el recurso de apelación debe ser estimado y revocarse la sentencia de primera instancia. Debiendo estimarse la demanda en su petición principal, con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada, artículo 394 LEC.

La estimación del recurso de apelación conlleva que no hagamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada, artículo 398 LEC, debiendo procederse a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que **estimando el recurso de apelación** interpuesto por el Procurador Sr. Chárlez Landívar, en representación de Don y Doña CARMEN contra la Sentencia 214/2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Zaragoza el 14 de diciembre de 2015 en el Procedimiento Ordinario 1035/2014, **revocamos la expresada resolución.**

En su lugar, **acordamos: estimar la demanda formulada por Don ALBERTO ' . y Doña ' contra BANCO DE SANTANDER SA** representado por la Procuradora Sra. Hueto Sáenz y en consecuencia, declaramos la nulidad radical de la Orden de Compra de los VALORES SANTANDER por importe de 400.000€, condenando a la entidad a la adquisición de los títulos y a la devolución a los demandantes del nominal de las inversiones por un total de 400.000€, declarando la nulidad del canje de acciones producido como acto dimanante de la nulidad, más los intereses legales, con deducción de las sumas percibidas por los demandantes, más las costas de primera instancia.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada. Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la

disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo o, en su caso, de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los VEINTE DÍAS siguientes al de su notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por los Ilmos./a Sres./a Magistrados/a que la firman y leída por el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, uniéndose certificación a los autos, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.