

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4

Avda Pedro San Martin S/N

Santander

Teléfono: 942357137

Fax.: 942357143

Modelo: AP004

Juicio verbal (250.2) 0000067/2013 - 00

JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000587/2016**

NIG: 3907547120130000068

Resolución: Sentencia 000555/2017

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE)	ANA MARÍA ALVAREZ MURIAS
Apelado	BANCO SANTANDER SA	BELEN BAJO FUENTE
Apelado	SANTANDER EMISORA 150 S.A.U.	MARÍA DIAZ DE RÁBAGO CABEZA

SENTENCIA nº 000555/2017

Presidente

D./D^a. Maria Jose Arroyo Garcia

Magistrados

D./D^a. Marcial Helguera Martínez

D./D^a. María del Mar Hernández Rodríguez (Ponente)

En Santander, a 09 de noviembre del 2017.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Juicio verbal (250.2), Rollo de Sala nº 0000587/2016, procedentes del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander,

En esta segunda instancia ha sido parte apelante ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), representado por el Procurador Sr/a. ANA MARÍA ALVAREZ MURIAS, y defendido por el Letrado Sr/a. ADRIAN REBOLLO REDONDO; y parte apelada BANCO SANTANDER SA y SANTANDER EMISORA 150 S.A.U., representado por el Procurador Sr/a. BELEN BAJO FUENTE y MARÍA DIAZ DE RÁBAGO CABEZA, y asistido del Letrado Sr/a. JAVIER GARCIA SANZ Y JESUS REMON PEÑALVER. y el Ministerio Fiscal.

Es ponente de esta resolución el lltmo. Sr. Magistrado D/Dña. María del Mar Hernández Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 03 de junio del 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) y MINISTERIO FISCAL contra BANCO SANTANDER y SANTANDER EMISORA 150, S.A.U., en

cuanto a la acción colectiva de cesación en el uso de condiciones generales de la contratación, declarando la nulidad y condenando al cese en el uso y eliminación de las siguientes condiciones:

A. En los “órdenes de suscripción o compra de valores” Cláusula 4ª “autoriza a la entidad a asentar los importes en otra cuenta que posea si, en caso de débito, no tuviera saldo disponible en la indicada para atender su liquidación, y en último extremo, a la enajenación de los valores en un mercado organizado en la cantidad necesaria para resarcirse de la cantidad que acredite”

Un vez gane firmeza la presente sentencia habrá de procederse a su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, así como a la publicación de su fallo junto con el texto de las cláusulas afectadas en el BORME a costa de los demandados y condenados en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia (firme).

La entidad condenada habrá de dirigir comunicación individualizada a cada cliente afectado advirtiéndole de la inaplicación de las cláusulas afectadas.

Se acuerda imponer una multa de 5.000 € por día de retraso en la ejecución de esta sentencia, que se devengará a partir de los tres meses de la firmeza de la sentencia sin que la demandada haya cesado en el uso de las condiciones anuladas, no incluyéndolas en los contratos futuros y eliminándolas de los ya existentes, acreditando asimismo la comunicación individual a los clientes a las que refiere el párrafo anterior.

Con desestimación del resto de pretensiones y sin imposición de costas procesales.

Aclarada mediante auto de fecha 29 de julio de 2016; cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: Acuerdo la aclaración de la sentencia dictada en las presentes actuaciones de 3 de junio de 2016 en los siguientes términos: Se condena únicamente a BANCO SANTANDER, s.a. al cese en el uso y eliminación de la condición general de la contratación declarada nula en este procedimiento. Se absuelve a SANTANDER EMISORA 150, S.A.U. de todas las pretensiones frente a ella formuladas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la 11ª 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 apelada estimó parcialmente la demanda en cuanto a la acción colectiva de cesación en el uso de condiciones generales de la contratación, declarando la nulidad y condenando a BANCO SANTANDER, S.A. al cese en el uso y eliminación de una condición general de la contratación recogida en las órdenes de suscripción o compras de valores, desestimando la acción de cesación en materia de publicidad y la nulidad del resto de las condiciones generaleras reseñadas en la demanda, absolviendo a SANTANDER EMISORA 150, S.A.U.

El recurso de fundamenta en diferentes motivos, algunos de ellos de carácter genérico y otros concretados en tres específicas condiciones generales de la contratación. Siguiendo un orden lógico examinaremos en primer término los primeros motivos genéricos, dejando para el final el examen de las tres concretas condiciones generales de la contratación especificadas en el recurso, dejando a un lado las restantes a las que se refirió la demanda por no incluirse referencia a las mismas en esta segunda instancia.

SEGUNDO.- En el recurso de apelación, tras realizar una introducción en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otras resoluciones, señala como primer motivo la infracción de la Constitución Española y, en concreto, de los arts. 24 y 51. En el desarrollo del motivo se refiere a que la sentencia olvida que se solicita la nulidad de todos los contratos por medio del art. 53 TRLDCU.

El motivo se desestima. La Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2015 resolvió de manera definitiva la cuestión relativa a la competencia del Juzgado Mercantil en dicho momento y a las acciones que resultaba admisible acumular. A su vez, en cuanto a éstas, la sentencia apelada resuelve todas y cada una de ellas. En consecuencia, ninguna vulneración ni infracción de la Constitución Española se ha producido.

TERCERO.- Dejando para más adelante el examen de los motivos referidos a las tres concretas cláusulas a las que de manera específica se refiere el recurso, resulta procedente analizar el motivo que imputa a la sentencia apelada la infracción de la Ley de Mercado de Valores. En concreto, el apelante se refiere a incongruencia omisiva por no referirse a dicha norma.

Desestimamos el motivo. Los argumentos empleados por la recurrente resultan propios de la acción de nulidad por vicio del consentimiento pero no de la acción de nulidad de condiciones generales de la contratación a la que se ha circunscrito el debate ni del resto de las acciones admitidas por el Auto dictado por esta Sala el 4 de febrero de 2015.

CUARTO.- El siguiente motivo del recurso a analizar es el error en la valoración de la prueba en relación a la abusividad del clausulado y su puesta en práctica debido a una defectuosa comercialización, considerando que no se supera el doble control de transparencia. A pesar de que se alude al doble control de transparencia, parece que en realidad se está refiriendo a las acciones de publicidad ejercitadas en la demanda por el contenido de las alegaciones, si bien no resulta especialmente claro el recurso en ese aspecto. No obstante, no se han identificado actuaciones publicitarias concretas que puedan ser consideradas abusivas, refiriéndose



de manera genérica al modo de comercialización pero no a actos de publicidad determinados, por lo que aunque entendiéramos que se está recurriendo la desestimación de las acciones de publicidad, el motivo debería ser desestimado.

QUINTO.- A continuación procede efectuar un examen individualizado de las concretas cláusulas cuya petición de nulidad se reitera en el recurso, dejando a un lado, como se ha adelantado, el examen de aquellas otras a las que a pesar de haberse aludido en la demanda, no han sido incluidas en el recurso por no contenerse referencia alguna a las mismas.

Con carácter previo ha de recordarse que no resulta discutido su carácter de condición general de la contratación. Además, se trata de condiciones de carácter accesorio y no esencial.

Así mismo, como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo 1916/2013 de 9 de mayo “ 229. *Que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor. 230. Sin perjuicio de otros mecanismos que no vienen al caso, para que proceda expulsarlas del mercado por la vía de la legislación de condiciones generales de la contratación, la LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva. Así lo dispone el artículo 8.1 LCGC a cuyo tenor “[s]erán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 231. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: “[e]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuario”.*

Continúa dicha sentencia estableciendo en relación a la existencia de un desequilibrio en las prestaciones contrario a las exigencias de la buena fe señalando que “251. *El artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente (SSTJUE de 7 de mayo de 2002 , Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19, y las ya citadas Pannon GSM apartado 37, VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 y Aziz apartados 67).*

252. *Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe,*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm fecha y hora: 16/11/2017 10:45

Firmado por: Varios

Código Seguro de Verificación 3907537004-f10ff76b6ff5fe22826b37efc9bc54eb20egEAA==

por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva.

253. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

254. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "[...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido [...], y en el apartado 69 que "[e]n lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

SEXTO.- En primer lugar se refiere a la cláusula relativa a que "el ordenante manifiesta haber leído y recibido el tríptico informativo de la Nota de Valores registrada ante la CNMV en fecha de 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición". Considera acreditado la sentencia apelada que dicha documentación fue entregada antes de que se aprobara la emisión y que la compra fue efectiva después de su autorización por el órgano regulador.

La recurrente se refiere a ella en dos motivos. Por un lado sostiene que se ha producido la infracción de la Ley 7/1995 por no haberse realizado el control de incorporación e infracción de artículos relativos a la nulidad por abusividad. Por otro lado, que no se cumplen los deberes de información por no entregarse con suficiente antelación los documentos y que no se firman las condiciones.

En el desarrollo de los motivos se refería a la Sentencia de la Sala Primera del tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, relativa a bonos convertibles, si bien en dicho caso la acción ejercitada no era de condiciones generales de la contratación sino de nulidad por error en el consentimiento, por lo que no pueden extrapolarse sus fundamentos.

Más allá de lo anterior, en el recurso se señala que concurre mala fe por no contener las condiciones del producto y ser una declaración de ciencia, sin informársele del precio de conversión, poniéndose únicamente a

disposición del cliente pero no entregándose dichos documentos y que la información no se recibió, refiriéndose al modo de comercialización.

El motivo se desestima. Sin perjuicio de la nula eficacia que en el seno de otras acciones derivadas del estricto vínculo contractual entre las partes pudiera tener dicha cláusula, teniendo en cuenta que las acciones de publicidad no han sido estimadas y centrándonos estrictamente en las acciones sobre condiciones generales de la contratación, consideramos que no tiene carácter abusivo. Es fácilmente comprensible con su mera lectura. A su vez, la puesta a disposición del Resumen y Folleto sin entrega de los mismos no conlleva la nulidad de la cláusula ni permite apreciar su carácter abusivo. Además se considera probado en la sentencia apelada que antes de la efectiva contratación dichos documentos habían sido aprobados por la autoridad pertinente.

Junto a ello, el folleto no debe firmarse. En cuanto a la defectuosa información, el propio apelante acude a una sentencia dictada en la que se ejercitada una acción de nulidad por error en el consentimiento. Entendemos que el deber de información al que alude el actor y el déficit del mismo es más propio de acciones de otro tipo y no de las que nos ocupan.

Para concluir, en cuanto a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, consideramos que no ha sido infringida y que la interpretación legal que se ha realizado en la sentencia apelada no conculca lo declarado en ella por el Tribunal de Justicia en relación a la interpretación que debe darse al art. 3, apdo. 1 de la Directiva 93/13. En concreto, por las razones ya expuestas, analizando la cláusula consideramos que la misma podría haber sido aceptada por el consumidor en el marco de una negociación individual.

SÉPTIMO.- En segundo lugar debe ser examinada la cláusula según la cual *“el consumidor manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y sus riesgos”*.

Sostiene la apelante que no se puede presuponer que se conocen los riesgos si en la orden no aparecen, que la comercialización e información fue insuficiente y que el tríptico no se encuentra firmado en ninguna hoja.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial reflejada más arriba, consideramos nula por abusiva esta cláusula al amparo del art. 8 LCGC. Ciertamente es que se trata de una mera declaración sin valor. Sin embargo, conlleva la realización de unas afirmaciones por los adherentes que no se ajustan a la realidad, no compartiendo esta Sala el criterio de la primera instancia y considerando que el simple *“color amarillo”* no es suficiente alerta del riesgo que conlleva la contratación. Igualmente, que el producto por sí mismo no es fácilmente comprensible para cualquier consumidor medio.

Por ello, valoramos la misma como contraria a los principios de la buena fe y entendemos que es abusiva, no pudiendo esperar el profesional predisponente que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, hubiera sido aceptada por éste de haberse llevado a cabo una negociación individual, por lo que debe decretarse su nulidad al amparo del art. 8.2 LCGC.

OCTAVO.- En relación al canje por acciones, se insta la declaración de no incorporación y la nulidad de la cláusula siguiente *“igualmente el ordenante es consciente de que podría existir un conflicto de interés para el Banco Santander y las sociedades de su grupo respecto a la recomendación de inversión consistente en la conversión voluntaria por él elegida, habiéndosele advertido expresamente de tal circunstancia y, por ello, de la inexistencia de recomendación personalizada alguna por parte del Grupo Santander en relación con esta operación”*. De nuevo no resulta discutido su carácter de condición general de la contratación.

De conformidad con la doctrina fijada en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 y 30 de enero de 2017 “En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -“[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” -, 7 LCGC -“[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]”-“..

Examinando el tenor de la cláusula enjuiciada, consideramos que se trata de una cláusula de difícil comprensión para un consumidor medio en cuanto a su comprensibilidad real y directa por lo que entendemos que la misma no supera el control de incorporación del art. 7.b LCGC por su carácter oscuro e incomprensible. En concreto, una lectura detallada de dicha cláusula no permite comprender su sentido y significado. Por ello estimamos la pretensión de no incorporación ejercitada en la demanda por no superarse el control de inclusión ni necesidad de examinar la pretensión de nulidad.

NOVENO.- Como consecuencia de lo anterior, estimamos parcialmente el recurso de apelación, sin realizar condena al pago de las costas procesales de esta apelación de conformidad con el art. 398 LEC.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA, contra la ya citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander, declaramos:

- La nulidad de la cláusula contenida en la Orden de compra según la cual “el consumidor manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y sus riesgos”
- La no incorporación de la cláusula contenida en el Canje de las acciones según la cual “igualmente el ordenante es consciente de que podría existir un conflicto de interés para el Banco Santander y las sociedades de su grupo respecto a la recomendación de inversión consistente en la conversión voluntaria por él elegida,

habiéndosele advertido expresamente de tal circunstancia y, por ello, de la inexistencia de recomendación personalizada alguna por parte del Grupo Santander en relación con esta operación”,
Condenando a la demandada al cese en su uso y eliminación, confirmando en todo lo demás la resolución recurrida.
No se realiza condena al pago de las costas de esta apelación.

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.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 16/11/2017 10:45	Firmado por: Varios
Código Seguro de Verificación 3907537004-f10ff76b6ff5fe22826b37efcbc54eb20egEAA==	

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