



Roj: **SAP M 4/2019 - ECLI: ES:APM:2019:4**

Id Cendoj: **28079370112019100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **30/01/2019**

Nº de Recurso: **137/2018**

Nº de Resolución: **32/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JESUS MIGUEL ALEMANY EGUIDAZU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933922

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2016/0154349

**Recurso de Apelación 137/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 922/2016

**APELANTE:** BANCO SANTANDER S.A.

PROCURADOR D. EDUARDO CODES FEIJOO

**APELADO:** ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES

PROCURADOR D. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU

**SENTENCIA**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

DÑA. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

D. JESÚS MIGUEL **ALEMANY** EGUIDAZU

En Madrid, a treinta de enero de dos mil diecinueve.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 922/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid a instancia de **BANCO SANTANDER S.A.**, como parte apelante, representada por el Procurador D. EDUARDO CODES FEIJOO contra **ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES**, representada por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU, como parte apelada; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 22/11/2017 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. JESÚS MIGUEL ALEMANY EGUIDAZU**



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 22/11/2017 , cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que estimando la demanda formulada por Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Blasco Mateu actuando en nombre y representación de AUGE, Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales que a su vez actúa en interés de sus socios D. Juan Ramón y Dª. Lidia contra la entidad Banco Santander, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo, debo declarar y declaro la nulidad de la orden de suscripción de **Valores Santander** objeto de autos por importe de 170.000 €, así como de su ulterior conversión en acciones de Banco Santander, con recíproca restitución de las aportaciones objeto del contrato, debiendo abonar la demandada a los actores el capital invertido por importe de 170.000 € más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de su adquisición, hasta el día en que definitivamente restituya el importe entonces pagado, cantidad que habrá de liquidarse en ejecución de sentencia.

Por su parte los actores habrán de restituir a la parte demandada los rendimientos percibidos desde la suscripción del producto por importe de 40.794,29 € y la suma percibida por la posterior venta de las acciones, incluidas las 345 nuevas acciones adquiridas por los actores en noviembre de 2012 por importe de 77.390,30 €, cantidades que devengarán el interés legal desde la fecha de los respectivos abonos.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por representación procesal de BANCO SANTANDER S.A., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.- Siglarlo** de esta sentencia: " **LEC** ", Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; y " **STS 1ª** ", sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Primera.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

### OBJETO DE APELACIÓN

1. **A) Demanda .-** La demandante Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales de Banca y Bolsa ("**Auge**") tiene entre sus asociados a Juan Ramón y Lidia (en adelante, conjuntamente, "**Inversores**"). El 24/9/2007, los Inversores suscribieron a **Banco Santander, S.A.** ("**Banco**") el producto financiero denominado **Valores Santander** por un principal de 170 000 € (34 Valores) (en lo sucesivo, "**Orden de compra**" y "**Valores**"). Auge sustenta su pretensión en (a) la **acción de anulación** por vicio del consentimiento consistente en error, con restitución recíproca, por el Banco, de la inversión más intereses legales desde la suscripción, y por los Inversores, de los Valores ("se declare la titularidad" [sic]) y rendimientos percibidos; subsidiariamente; (b) la **acción indemnizatoria** contractual por incumplimiento de la obligación de diligencia, lealtad e información, con las mismas consecuencias; así como (c) las **costas** .

2. **B) Sentencia recurrida .-** En primera instancia, se **estimó** la demanda, precisando que los rendimientos financieros obtenidos por los Inversores (40 794,29 €) más el producto de la venta de los Valores (77 390,30 €) igualmente devengan los intereses legales desde su percepción. La Sentencia recurrida se fundamentó en los siguientes **considerandos** : (a) legitimación activa de Auge para defender los intereses individuales de sus asociados; (b) inexigibilidad de poder especial; (c) legitimación del contratante, aunque hubiera vendido; (d) acción de anulación no caducada, desde la fecha de canje obligatorio de los Valores por acciones del Banco (4/10/2012) hasta la presentación de la demanda (1/9/2016); (e) error-vicio existente por falta de formación especializada de los Inversores, al margen de que hubieran suscrito otros productos financieros, sin demostrarse suficiente información precontractual -por resultar de testigo empleado del Banco, que no recuerda- sobre el riesgo de pérdida de parte de la inversión, sobre la contingencia de la remuneración, sin simulaciones, con test de conveniencia rellenos por el Banco, inconcluyentes sobre la conveniencia y realizados años después a la Orden de compra, sin firma del tríptico, con manifestaciones de conocimiento preimpresas en la Orden de compra, con documentación oficial registrada con posterioridad a la Orden de compra, con actividad de asesoramiento, siendo los **Valores Santander** un producto complejo inconveniente a los Inversores, lo que es incompatible con la finalidad de ahorro de la inversión, siendo el error excusable; (f) imponiendo las costas al Banco vencido.



3. **C) Apelación del Banco** . - El demandado interpone el recurso que sustanciamos basándose, tras alegar como cuestión previa la improsperabilidad de la acción subsidiaria indemnizatoria, entre otros, el **motivo** de falta de legitimación activa de Auge.

4. **E) Oposición a la apelación de Auge** . - La demandante se opone en todo al recurso con argumentación formularia salvo por destacar mala fe en la elección de las resoluciones citadas por la parte adversa, prosperabilidad de la acción indemnizatoria por infracción del deber de información precontractual, con adhesión y remisión a los razonamientos de la Sentencia recurrida en cuanto a la legitimación y a la caducidad.

II

#### FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

5. El Banco argumenta que Auge carece de legitimación para la defensa de los **intereses individuales** de los Inversores pues solo los tiene para la defensa de los intereses colectivos de los asociados. Añade que, de reconocerse esta legitimación, "se defraudarían varias instituciones procesales que benefician a las asociaciones pero no a sus asociados. Así, cualquier asociado se beneficiaría en todo caso de los derechos "a disfrutar del derecho de asistencia jurídica gratuita", "exención del pago de tasas judiciales" o régimen de no abono de las eventuales costas del procedimiento"

6. El artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre "**Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios**" establece en su apartado primero: "Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios".

7. El **Tribunal Supremo** ha interpretado esta disposición ( STS 1ª 656/2018, 21.11 ): "Se trata de una legitimación especial, destinada a facilitar la defensa de los intereses de los consumidores. En principio, bajo el **régimen general** del art. 10 LEC , la condición de parte legítima se atribuye a quien comparezca y actúe en juicio como titular de la relación jurídica y objeto litigioso, sin perjuicio de los casos en que la Ley atribuya legitimación a una persona distinta del titular, como ocurre en el art. 11.1 LEC .

8. Esta legitimación alcanza en todo caso al ejercicio de las acciones surgidas al amparo de la **normativa protectora de consumidores y usuarios** : esencialmente Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, y también otras normas que contemplan expresamente la protección del consumidor. Además, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional ha interpretado que esta legitimación se extiende a otros casos en que las asociaciones de consumidores actúan en defensa de los intereses particulares de alguno de sus asociados, intereses como consumidores y usuarios que guardan relación directa con **productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado** . [...]

9. 4. El trasfondo de esta cuestión es la denuncia del **uso abusivo de esta legitimación especial** de las asociaciones de consumidores en litigios en los que la condición de consumidor se diluye, en atención a las características del litigio y a la cuantía litigiosa, para aprovecharse del derecho a la asistencia justicia [jurídica] gratuita que la ley reconoce a estas asociaciones cuando litigan en defensa de los intereses de sus asociados. [//] Y en este marco, del reconocimiento de este derecho, también ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional, en la sentencia 217/2007, de 8 de octubre . [...] El Tribunal Constitucional recuerda que la legislación vigente reconoce este derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores "en los términos previstos en el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , para la defensa de los consumidores y usuarios, esto es, para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado". [...] "En cuanto a la definición de lo que ha de entenderse por "productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado" [...] se contiene actualmente en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre [...] Adviértase que la normativa actual, en concreto el art. 9 del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, contiene una previsión muy similar: "Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

10. 5. De este modo, la legitimación especial que el art. 11.1 LEC reconoce a las asociaciones de consumidores para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados tiene sentido siempre que "guarden relación directa con **bienes o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado** ". Sin perjuicio de que al realizar esta valoración se tienda a una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios.



11. Es cierto que el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, en su anexo I, apartado C, núm. 13, menciona los " **servicios bancarios y financieros** ", dentro del catálogo de "productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a efectos del artículo 2.2 y 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y disposición adicional segunda de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita ". Por lo que, en principio, los servicios bancarios o financieros no quedan excluidos en todo caso. Esto es, una reclamación que guarde relación con la prestación de un servicio financiero a un consumidor quedaría incluida dentro de la legitimación del art. 11.1 LEC .

12. Pero una cosa es que los servicios financieros puedan ser considerados como servicios de uso común, ordinario y generalizado, y otra distinta que siempre y en todo caso lo sean. Esto es, hay servicios financieros que por su naturaleza y circunstancias exceden de la consideración de "servicios de uso común, ordinario y generalizado". Y un ejemplo paradigmático de esto es el que ahora es objeto de enjuiciamiento.

13. El servicio que da lugar al litigio es la adquisición por dos particulares, David y Tania , en un año y medio aproximadamente (de diciembre de 2006 a febrero de 2008), de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros. Estos diez productos financieros comprenden tres paquetes de acciones de sociedades que cotizan en bolsas internacionales (Neuropharma, Meinel Airports y Meinel Power) y siete bonos estructurados, que tienen la consideración de **productos complejos** , de marcado carácter especulativo.

14. Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en **atención** a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado.

15. Los afectados **pueden litigar directamente por sí mismos** y no está justificado que lo haga una asociación de consumidores, en nombre propio y por cuenta de sus asociados, para evitar los riesgos derivados de una eventual condena en costas. Estas situaciones constituyen abusos del ordenamiento jurídico que no pueden estar amparados por una interpretación amplia del art. 11.1 LEC " .

16. Los **Valores Santander** eran un producto complejo porque incorporaban varios derivados implícitos (arts. 79 bis.8 a) I y I II ii] LMV 1988 [217.1 c) y 217.3 b) LMV 2015]; v. SAP Madrid 11ª 453/2017, 29.12 ) y no se demuestra ni se tienen como productos comunes, ordinarios o generalizados.

17. Lo anterior a diferencia de otros productos bancarios o servicios de inversión. En **otros casos** , sí cabría admitir la "legitimación por representación que deja a salvo la individual de los propios perjudicados y que facultaba a la Asociación de consumidores demandante para defender en el proceso unos derechos individuales homogéneos de las consumidoras en ella agrupadas" ( STS 1ª 1079/2006, 3.11 para alta en suministro de gas).

18. Además, Auge interpone la demanda en defensa de los **intereses individuales** de dos concretos asociados y no del interés colectivo de los inversores en **Valores Santander**; máxime cuando son relevantes las **circunstancias concretas** de la contratación de los concretos asociados atendiendo a las acciones ejercitadas. "Abunda en la inaplicabilidad del art. 7.3 LOPJ que la problemática de cada Agente se halla condicionada por su respectiva situación contractual" ( STS 1ª 903/2005, 24.11 ).

19. En **consecuencia** , procede estimar este motivo primero del recurso de apelación del Banco. Su estimación conlleva dejar sin efecto la sentencia de primera instancia, y en su lugar estimar en su integridad el recurso de apelación y desestimar la demanda por falta de legitimación activa de la asociación de consumidores demandante.

### III

#### COSTAS

20. Las costas de esta **alzada** no han de imponerse a ninguno de los litigantes por estimación del recurso ( art. 398.2 LEC ).

21. Las **costas de la primera instancia** , pese al efecto devolutivo de la estimación del recurso y el principio del vencimiento objetivo, no deben imponerse a la parte demandante porque el tribunal aprecia que el caso presenta serias dudas de derecho por ausencia de jurisprudencia previa y divergencia interpretativa en la doctrina anterior de los tribunales provinciales ( art. 394.1 LEC ).

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

### III.- FALLAMOS



Que debemos estimar y **ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid nº 283/2017, de 22 de noviembre, por lo que procede su REVOCACIÓN y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

Primero.- **Desestimar** la demanda absolviendo a Banco Santander, S.A. de todos los pedimentos deducidos en su contra.

Segundo.- **No** ha lugar a condenar al pago de las **costas** en ambas instancias.

La estimación del recurso determina **la devolución del depósito constituido**, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2578-0000-00-0137-18, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe