



SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 69 72
Fax.: 928 42 97 73

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000494/2013
NIG: 3501642120120018337
Resolución: Sentencia 000003/2016
IUP: LA2013004037

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0001333/2012-00
Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Testigo			
Testigo			
Apelado		Jose Manuel Melian Monzon	Jesus Quevedo Gonzalez
Apelante	BANCO DE SANTANDER S.A.		Armando Curbelo Ortega

SENTENCIA

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./D^a. RICARDO MOYANO GARCÍA (Ponente)

Magistrados

D./D^a. JOSÉ ANTONIO MORALES MATEO

D./D^a. MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de enero de 2016.

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 5 de abril de 2.013

APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: D. /Dña. BANCO DE SANTANDER S.A.

VISTO, ante Sección Tercera de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte Elegir párrafo, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 5 de abril de 2.013, seguidos a instancia de D. /Dña. BANCO DE SANTANDER S.A. representados por el Procurador D. /Dña. ARMANDO CURBELO ORTEGA y dirigidos por el Letrado D. /Dña. JULIO IGLESIAS RODRIGUEZ contra D. /Dña.

representados por el Procurador D. /Dña. JESUS QUEVEDO GONZALVEZ y dirigidos por el Letrado D. /Dña. JOSE MANUEL MELIAN MONZON.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice:

QUE ESTIMO SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don JESÚS QUEVEDO GONZÁLVEZ en nombre y representación de doña , haciendo los siguientes pronunciamientos:

1º.- QUE debo DECLARAR y DECLARO la nulidad del CONTRATO PRODUCTOS ESTRUCTURADO TRIDENTE, de 14 de FEBRERO del 2.008 suscrito entre doña y la financiera BANCO SANTANDER, S.A. (folios 119-127).

2º.- QUE debo CONDENAR y CONDENO a la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A.,





abonar a doña

la cantidad de CIENTO CUARENTA y UN mil CIENTO VEINTI-CUATRO euros y OCHO céntimos de euro (141.124,08 euros). A esta cantidad habrá que añadir los intereses legales desde la interpelación judicial.

No hay condena en costas.

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día catorce de Diciembre de 2.015.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo. /a. Sr. /a. D. /Dña. RICARDO MOYANO GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de revisión en esta alzada la estimación de la acción de nulidad del “depósito estructurado tridente” comercializado por el Banco de Santander y firmado por la actora el 14/2/2008 con un plazo de duración de tres años, comprometiendo el depósito de 250.000 €.

La naturaleza del derivado financiero se inscribe en la constelación de los llamados productos estructurados, como señala para un producto de la misma naturaleza la SAP Las Palmas (Secc. 5) de 10/10/2014: *“Como refiere la parte demandada y su propio perito, el contrato objeto de estos autos, denominado “CONTRATO DE PRODUCTO ESTRUCTURADO” (documento 5 de la demanda y 7 de la contestación) es un contrato atípico, innominado, aleatorio, que incorpora un producto de inversión especulativo de alto riesgo, sin garantía de principal, con una rentabilidad en parte asegurada (cupón), y en parte incierta (potencial).*

En el contrato el cliente entrega una cantidad al Banco durante un plazo fijo (principal de la inversión), y el Banco se obliga a la entrega de una rentabilidad fija (12%), quedando sujeta la potencial mayor rentabilidad de la suma invertida, así como la recuperación o pérdida total o parcial de la suma invertida al vencimiento del contrato, al cumplimiento de determinadas condiciones en relación al precio de cotización de tres valores bursátiles de renta variable (en este caso acciones de Telefónica, del BBVA y del Banco Pastor). El propio perito de la demandada respecto a los valores bursátiles apunta su gran volatilidad (folios 11 del informe).

En consecuencia, el carácter estructurado del producto de inversión alude a la combinación de varios instrumentos financieros que conforman este contrato. En este caso, el producto viene referenciado al comportamiento bursátil de tres acciones subyacentes, cuyo precio o cotización, tanto inicial como en distintos momentos concretos (momentos de observación) de la duración del contrato, o en cada uno de los días transcurridos a lo largo de toda su duración (en este caso cuatro años), van a condicionar para el cliente inversor, y respecto del principal invertido, tanto la posibilidad de obtención de una rentabilidad mayor conllevando una cancelación anticipada del contrato, como la de la recuperación, o la pérdida de todo o parte del capital invertido al momento del vencimiento final.

Se trata de un producto complejo, novedoso, de finalidad puramente especulativa. Como expone el perito de la demandada en su informe, la introducción de este tipo de productos ha supuesto un gran paso hacia la innovación financiera, y sin duda, una de las mayores novedades que han aportado es su posibilidad de poder ofrecer combinaciones de riesgo y rentabilidad más amplias de lo que hasta ahora se conocía de forma habitual en el mundo de las finanzas.





El contrato está sujeto a la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) , y a las normas generales que sobre los contratos establece el Código Civil (LEG 1889, 27) .

Se trata pues de un derivado financiero sin garantía de devolución del capital, ya que dicha devolución, así como el rendimiento de la inversión, va a depender de los “subyacentes”, en este caso la evolución del precio de la acción de tres compañías -de ahí la denominación de tridente-.

El contrato fue declarado nulo por error invencible en el consentimiento sufrido por la consumidora demandante, debido a la falta de prueba de la facilitación de información suficiente a la contratante por parte de la entidad financiera autora del contrato de adhesión que se somete a la firma de la actora, lo que que determina una presunción “iuris tantum” de error que la parte demandada, ahora apelante, no ha destruido.

El recurso se basa en el error de la valoración de la prueba, y en la aplicación de la doctrina legal sobre el error como vicio invalidante, ya que dicho error no existe, y si lo hubiera sería en todo caso un error vencible para la demandante.

SEGUNDO: La jurisprudencia existente sobre el error en derivados como el presente se ha pronunciado a favor o en contra de la nulidad en función de la valoración concreta de la prueba sobre el cumplimiento de los deberes precontractuales y contractuales de la entidad financiera para con el cliente, así como con la destrucción de la presunción de error que en otro caso pudiera derivar de la simplicidad de la comprensión del contrato y del riesgo que implicaba para el cliente de pérdida total o parcial de la inversión y de su alcance -hacemos abstracción de la nulidad independiente de la cláusula cuarta del contrato, que sólo tendría que examinarse en caso de desestimarse la acción de nulidad por vicio del consentimiento, tal cual resultó en la S.A.P. de Las Palmas 10/10/2014 ya citada, que únicamente acordó la nulidad parcial del contrato anulando dicho apartado contractual-.

Dado que el contrato es firmado ya en 2008 el marco normativo es el expuesto en la S.A.P. de Madrid de 27/11/2014, que nos dice:”*En cuanto a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 , de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302) , por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 385/2014, de 7 de julio de 2014 (RJ 2014, 4313) - nº de recurso 1520/2012 - (primer párrafo del fundamento de derecho cuarto) se decanta por el día 21 de diciembre de 2007 .*

A/ Al cliente debe, ante todo, clasificársele en profesional y minorista , siendo clientes profesionales, con carácter general, aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y, en particular, tan sólo tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos que se enumeran en el apartado 3 del artículo 78 bis de la ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) , mientras que, todos los demás clientes, se considerarán minoristas.

B/ En cuanto a la obligación de dar o proporcionar información a los clientes, deberá ser una información imparcial, clara y no engañosa (siendo claramente identificables, como tales, las comunicaciones publicitarias), debiendo incluir, en todo caso de manera comprensible, la empresa de inversión y sus servicios (reseñando los costes de las operaciones y servicios





realizados por cuenta del cliente), los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas (con referencia específica a las orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en estos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares), centro de ejecución de órdenes y gastos y costes asociados, para que les permita a los clientes, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, decidir si les conviene invertir en eses concreto producto financiero (artículo 19 apartado 2 , 3 y 8 de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) y artículo 79 bis apartados 2 , 3 y 4 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781)).

C/ Respecto a la obligación de obtener información de los clientes , la entidad deberá hacer, a cada uno de los clientes, un test o cuestionario. Y, el contenido de este test o cuestionario, será distinto atendiendo al dato de que la entidad " preste asesoramiento en materia de inversiones o realice gestión de carteras " para el cliente, en cuyo caso le tendrá que hacer una "evaluación de idoneidad" (artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y RCL 2005, 289) , artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) , artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE (LCEur 2006, 1963) y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero (RCL 2008, 407)). Mientras que si la entidad "no" presta asesoramiento en materia de inversiones ni realiza gestión de carteras para el cliente basta con que se le haga una "evaluación de conveniencia" (artículo 19 apartado 5 de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) , artículo 79 bis apartado 7 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) , artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero (RCL 2008, 407)). Y lo que debe entenderse, a estos efectos, por "prestar asesoramiento en materia de inversiones", lo indica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 142) en sus apartados 49 a 55 y declaración 2 ("el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público").

1º. La finalidad de la " evaluación de idoneidad " radica en que, la entidad, le pueda recomendar, al cliente, los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan, y, para ello, la información que deberá obtenerse será la necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente (artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y RCL 2005, 289) , artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) , artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE (LCEur 2006, 1963) y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero (RCL 2008, 407)). Y, cuando la entidad no obtenga la información propia de la evaluación de idoneidad, se abstendrá de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros a sus clientes o posibles clientes (artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781)).





2º. La finalidad de la " evaluación de conveniencia " radica en que, la entidad, pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente, y, para ello, la información que deberá obtener recaerá sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado (artículo 19 apartado 5 párrafo primero de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) , artículo 79 bis apartado 7 párrafo primero de la Ley de Mercado de Valores , artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). En el caso de que el cliente no proporcione la información propia de la evaluación de conveniencia o ésta fuera insuficiente, deberá la entidad advertir al cliente que no puede determinar si el servicio de inversión o el producto previsto es adecuado para él. Y si, en base a la información obtenida con la evaluación de conveniencia, considera la entidad que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente tiene que advertirle su inadecuación (artículo 79 bis apartado 7 párrafo segundo de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781)).

D/ Excepcionalmente la entidad no tendrá , para con su cliente, la doble obligación de obtener y darle o proporcionarle información en el caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información (artículo 19 apartado 9 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 quáter de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781)). Supuesto excepcional que debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión solo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere el precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a la doble obligación de obtener y dar o proporcionar información, tal y como se recoge en la declaración 1 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 142) y lo desarrolla en sus apartados 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47 y 48.

También excepcionalmente la entidad no tendrá para con su cliente la obligación de obtener información mediante la práctica de la evaluación de conveniencia cuando, prestando la entidad el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, se cumplan las siguientes condiciones: a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos; b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente; c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior; d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter 1 d de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) (artículo 19 apartado 6 de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) y artículo 79 bis apartado 8 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781)).





Igualmente con carácter excepcional , al obtener la información la entidad de su cliente mediante la evaluación de idoneidad , no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el caso de que se trate de un cliente profesional (artículo 79 bis apartado 6 última frase de la Ley de Mercado de Valores).

E/ Para el caso de incumplimiento, por parte de la entidad para con uno de sus clientes, de las obligaciones de obtener y de dar o proporcionar información, no se establece, la consecuencia jurídica , de ese incumplimiento obligacional precontractual, en el negocio jurídico de adquisición, por el cliente, de un producto financiero, a través de la intermediación de la entidad, en la legislación comunitaria de la Unión. Siendo a cada uno de los Estados miembros de la Unión a los que corresponde establecer, para su particular territorio, esa consecuencia jurídica. Así lo proclama la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 142) en su declaración 3 ("Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las condiciones contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5 de la Directiva 2004/39 (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) , respetando los principios de equivalencia y efectividad"). Y, al trasponerse la Directiva comunitaria al ordenamiento jurídico español, no se estableció , como consecuencia jurídica del incumplimiento obligacional precontractual de obtener y dar o proporcionar información, la nulidad del negocio jurídico de adquisición, por el cliente, del producto financiero a través de la intermediación de la entidad. Nada le impedía al legislador español establecer esta sanción jurídica de la nulidad pero lo cierto es que no la estableció. Y, no habiéndola establecido, no es dable al órgano judicial decretar la nulidad del negocio a causa de un mero o simple incumplimiento de la obligación precontractual de obtener y dar o proporcionar información, so pena de quebrantar lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 1 del Código Civil (LEG 1889, 27) .

QUINTO

I. Relación del incumplimiento del deber precontractual de recibir y dar o proporcionar información, por parte de la entidad (empresa de servicio de inversión o la entidad de crédito que preste servicio de inversión) para con su cliente, con la acción de anulabilidad, del negocio jurídico de adquisición del producto financiero, deducida por el cliente contra la entidad, al haber prestado su consentimiento viciado por error.

Respecto de distintos productos financieros comercializados por diferentes entidades se han dictado diversas sentencias por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo . Así la sentencia número 660/2012 , de 15 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 18) - nº de recurso 796/2010 - (producto estructurado tridente del que son subyacentes las acciones del BBVA, ING y BNP comercializado por el Banco Santander s.a.; Se confirma la desestimación de la demanda); 665/2012 , de 15 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 17) - nº de recurso 2091/2010- (permuta financiera de tipo de interés-"swap"- comercializado por Bankinter s.a.; Se confirma la estimación parcial de la demanda al no considerarse disparatada la interpretación que se hace de la cláusula contractual de vencimiento anticipado); 683/2012 , de 21 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 11052) - nº de recurso 1729/2010- (permuta financiera de tipos de interés comercializada por el Banco Español de Crédito; Se casa la sentencia de instancia que estimaba la demanda para desestimarla); Del Pleno número 243/2013 , de 18 de abril de 2013 (RJ 2013, 3931) - nº de recurso 2353/2011 (bonos emitidos por el Banco norteamericano Lehman Brothers comercializados por la Caja de Ahorros de Guipuzcoa y San Sebastian





adquiridos un año antes de la quiebra del Banco; Se confirma la desestimación de la demanda); Del Pleno número 244/2013 de 18 de abril de 2013 (RJ 2013, 3387) - nº de recurso 1979/2011- (participaciones preferentes del Banco norteamericano Lehman Brothers comercializadas por el BBVA; Casa la sentencia de instancia que desestima la demanda para estimarla totalmente); Del Pleno número 840/2013 , de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781) - nº de recurso 879/2012 - (permuta financiera de inflación- "swap"- comercializada por la Caixa D'Estalvis del Penedés- luego pasó a ser Mare Nostrum s.a.-; Se confirma la estimación de la demanda); 41/2014 , de 17 de febrero de 2014- nº de recurso 320/2012- (permuta financiera de tipo de interés- "swap"- comercializada por Bankinter s.a.; Casa la sentencia que estimaba demanda para, en su lugar, desestimarla totalmente); 385/2014 , de 7 de julio de 2014- nº de recurso 1520/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"- comercializada por la Caixa D'Estalvis del Penedes- luego pasó a ser Banco Mare Nostrum s.a.-; Confirma la sentencia que estima la demanda); 384/2014 , de 7 de julio de 2014- nº de recurso 892/2012 - (permuta financiera de tipo de interés - swap- comercializada por la Caixa D'Estalvis del Penedes- luego pasó a ser Banco Mare Nostrum s.a.-; Confirma la sentencia estimatoria dictada en la instancia); 387/2014 , de 8 de julio de 2014- nº de recurso 1256/2012 - (permuta financiera de tipo de interés- "swap"- comercializada por la Caixa D'Estalvis del Penedes- luego pasó a ser Banco Mare Nostrum s.a.-; Confirma la sentencia estimatoria de la instancia); Del Pleno número 458/2014 , de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4946) - nº de recurso 1673/2013 - (participaciones preferentes del Banco islandés Landsbanki comercializadas por el segmento de banca privada del BNP Paribas España s.a.; Confirma la sentencia desestimatoria de la instancia); Y del Pleno número 460/2014 , del 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 5304) - nº de recurso 2162/2011 -, con un voto particular del Excmo. Sr. Magistrado don Sebastián Sastre Papiol al que se adhieren los Excemos. Sres. Magistrados don José Ramón Ferrandiz Gabriel y don Antonio Salas Carceller (productos estructurados emitidos, unos por el Banco norteamericano Lemman Brothers, y, los otros por el Banco islandés Kaupfthing, siendo las subyacentes acciones de otras sociedades y dependiendo la recuperación de lo invertido no solo de la evolución de los subyacentes sino también de la solvencia del Banco emisor, comercializados por el Banco Espirito Santo s.a.; Casa la sentencia de la instancia que desestimaba la demanda, para, en su lugar, estimarla).”

Respecto a las consecuencias del incumplimiento, son como ya dijimos, la presunción de error invencible, que tendrá que ser destruido por el Banco contratante que oferta el contrato de adhesión redactado unilateralmente por el propio Banco.

La doctrina jurisprudencial sobre esta materia aparece recogida en las sentencias números 384/2014, de 7 de julio de 2014 (RJ 2014, 3541) , 385/2014, de 7 de julio de 2014 (RJ 2014, 4313) y 387/2014, de 8 de julio de 2014 (RJ 2014, 4315) en los siguientes términos:

1º. La constatación de un incumplimiento , por parte de la entidad, de su deber precontractual de dar o proporcionar información , a su cliente, no comporta necesariamente que, el consentimiento prestado por el cliente en el negocio jurídico de adquisición del producto financiero, estuviera viciado por error.

2º. La constatación del incumplimiento , por parte de la entidad, de su deber precontractual de obtener información , de su cliente, consistente en la omisión de las evaluaciones de idoneidad o conveniencia, comporta la presunción de que, el consentimiento prestado por el cliente, en el negocio jurídico de adquisición del producto financiero, estaba viciado por error, pero es una presunción "iuris tantum" no "iuris et de iure" que admite prueba en contrario.





3º. La esencialidad del error necesaria para que éste sea invalidante del consentimiento prestado por el cliente, precisa que el error recaiga sobre los riesgos asociados al concreto producto financiero adquirido por el cliente.

4º. La excusabilidad del error imprescindible para que este sea invalidante del consentimiento resulta del incumplimiento, por parte de la entidad, de su obligación de dar o proporcionar información en el caso de que su cliente fuera minorista necesitado de información sobre los concretos riesgos del producto financiero que adquiere.

TERCERO: *Análisis del caso concreto sobre el cumplimiento de los deberes de información.*- Descendiendo a la valoración de la pruebas, hemos de confirmar la convicción obtenida por el juzgador “a quo”. Afirma éste, en su estudiada y ponderada resolución, que si bien la entidad bancaria cumplió los deberes legales de clasificación del cliente y advertencia sobre el producto inadecuado de riesgo mediante los test de idoneidad y de conveniencia, en cambio no cumplió el deber de información de las características exactas del derivado contratado, ya que no consta que se entregara documentación explicativa suficiente, y los términos del contrato son confusos para el perfil de la contratante, ama de casa, minorista, y sin experiencia inversora, sin que de la prueba testifical, prestada por empleados de la propia entidad financiera, se obtenga la convicción de la inexistencia del error presumido, ya que además, de forma sorprendente, la entidad demandada renunció al interrogatorio de la propia demandante. No existe prueba pues, es su conclusión, y hemos de mantenerla en segunda instancia, de que la demandante conociera las reales características del producto, el alcance del riesgo que asumía de perder no sólo rentabilidad, sino incluso el capital invertido.

Dice en concreto la sentencia apelada: *“Debemos de estudiar si la entidad financiera informó de forma comprensible y es aquí donde estimo que no queda acreditado que se suministrase una información comprensible. 5.2. Para empezar como sabemos, quien contrata con los*

demandados es doña _____, no don _____. Hago esta precisión – hasta ahora evidente porque tal como veremos quien al parecer hizo los tratos

preliminares en la contratación, fue su marido don _____. Esto no es que sea irregular – no lo es para nada- es algo bastante común, más aún cuando uno de los cónyuges carece de conocimientos de banca, o de productos financieros. Pero aún así, no se puede olvidar que quien contrata es el otro cónyuge, aquí doña _____

, que lo hace además por sí mismo – sin apoderamiento. Por tanto el consentimiento contractual lo presta esta señora, de manera que aún cuando participe el otro cónyuge, la información comprensible debe prestarse a doña _____, porque es esta señora quien contrata. Lo que debe demostrarse es que doña _____ recibió una información comprensible. Debo indicar que en la audiencia previa, se acordó el interrogatorio de esta señora, y que en el acto de la vista, la parte proponente renunció al mismo. Al no haberse podido interrogar – por renuncia de parte- no puedo conocer la capacidad de conocimiento y grado de conocimiento de esta señora, no puedo valorar, hasta que punto entendió la información suministrada (artículo 316 de la LEC). 14 5.3. Si atendemos al documento firmado, al contrato tridente, de 14 de FEBRERO del 2.008 (folio 119-127) el mismo no es

ejemplo de claridad. No de recoge de una forma comprensible la posibilidad de perder – como al final ocurrió- todo o parte del capital. Así puedo hacer hincapié en lo siguiente:

5.3.1. En la cláusula segunda en su último párrafo, se recoge la posibilidad de perder todo o parte del principal





invertido (folio 120). 5.3.2. Pero en la cláusula tercera, al desarrollar en cierta manera la segunda, se produce una cierta confusión. Así en esta cláusula, tras desarrollar los subyacentes, y la fórmulas – de difícil comprensión- se apunta en el último y penúltimo párrafo a que el “... presente producto estructurado es una combinación de una imposición a plazo fijo y una serie de opciones financieras sobre acciones subyacente...”. Si estamos hablando de una imposición a plazo fijo, el capital o principal no se pierde. Es mas dice que “... si se cumple alguna de las condiciones descritas, el Producto Estructurado funciona igual que una imposición a plazo fijo pero con un rendimiento superior al de una imposición a plazo fijo tradicional...”. Al final en esta cláusula se dice “... el titular manifiesta que ha recibido las oportunas advertencias por parte del Banco sobre los riesgos de este producto y en concreto sobre la posibilidad de que la rentabilidad del mismo sea negativa...”. Es decir, no es de extrañar tras la lectura de esta cláusula, tras la descripción de las subidas y bajadas de los subyacentes, con sus fórmulas matemáticas, se piense que se está contratando un plazo fijo, porque de forma expresa se dice que es “... una combinación de plazo fijo...”, y al final los riesgos de pérdidas se concentran o se determinan únicamente respecto de la rentabilidad del producto, nada se dice del capital o principal. 5.3.3. Al final del contrato en el ANEXO – folio 12 y siguientes- se explica el funcionamiento del contrato. En el si se dice – en la definición- de que se trata de un producto financiero estructurado sin garantía de capital. En esta explicación si se recoge la posibilidad de perder el capital, pero debo indicar que las explicaciones y riesgos que se toman son incomprensibles para un contratante minorista. Cabría preguntarse cuándo y en que condiciones se pierde el capital; para esto debe cumplirse una serie de bajadas de los subyacentes y de activaciones de barrera.

15

Si a esta información le añadimos, que hay partes del contrato en el que de forma expresa se dice que el contrato es una combinación plazo fijo, o que solo hay riesgos de perder la rentabilidad, no es de extrañar que un minorista, con pocos conocimientos de actividades financiera o bursátiles, no llegue a saber que puede perder todo o parte del capital y en qué condiciones. 5.4. De ahí que sobre importancia lo que las partes hablaron o la información que se suministró en los momentos anteriores a la contratación. La entidad financiera sostiene que suministró una información comprensible, alega que se le entregó a la parte una propuesta de inversión, como la que acompaña la demandada al documento 2 de su demanda (folio 298).

Esta propuesta de inversión – folio 298- a diferencia del contrato que he comentado, es mucho más comprensible que el contrato comentado. En el se indica de forma gráfica el funcionamiento de los subyacentes, e incluso de forma comprensible se indica que si transcurridos los 3 años, el precio de alguno de los subyacentes es inferior al 50%, el cliente recibe la parte invertida menos el rendimiento al cierre de los 3 años del peor de los valores. Se apunta de una forma clara la posibilidad de perder el principal, pero no se dice cómo y en qué cuantía, y lo más importante no se acredita que este documento lo recibiese doña
Como se ve el documento de los folios 298 y siguientes no aparece suscrito
por la misma.”

Estas conclusiones no son desvirtuadas en la apelación. El contrato de depósito estructurado, si bien en alguno de sus apartados advierte al firmante de los riesgos, no lo hace con precisión de su alcance: así, en negrilla, en la estipulación tercera “in fine”, sólo se alude a “la posibilidad de que la rentabilidad sea negativa”, sin de que esta expresión quede claro que esa hipótesis





de comportamiento de los subyacentes implique no ya la no percepción de interés alguno, sino incluso la pérdida del capital depositado, ambigüedad que deriva de la propia definición del producto, que se define en el contrato como “una combinación de una imposición a plazo fijo y una de serie de opciones financieras sobre las acciones subyacentes. Ciertamente es que en este mismo apartado, pero en letra no negrita, se explica que en este caso de rendimiento negativo de los subyacentes el Banco podría devolver una cantidad inferior al importe principal invertido, pero como decimos, esta explicación no se traslada a la cláusula subrayada mediante negrita, y además, en cualquier caso, tampoco se exponen los escenarios concretos de simulación de pérdidas y de su resultancia cuantitativa para el inversor.

Estas explicaciones sí se dan en el folleto llamado “propuesta de inversión” que el Banco afirma haber entregado al cliente, y que aportó como documental de su contestación, num. 2, pero no consta la firma de recepción del cliente, el cual niega haberlo recibido, y al haberse incumplido el R.Decreto 629/1993 sobre normas de actuación bancaria, que exige que el banco firme la copia del documento, manteniendo la entidad dicha copia en su poder, sigue sin destruirse la presunción de error del cliente minorista, al no constar que haya facilitado el Banco por escrito documentación suficientemente comprensiva para el particular del riesgo que corría, de las distintas magnitudes de pérdida de la inversión según escenarios de simulación, etc.

Añádese a ello que la contratante es la esposa de quien recibió en las reuniones preliminares la información de la entidad bancaria, que no era siquiera su apoderado, por lo que la demandante, ama de casa sin experiencia previa, sólo compareció el día de la firma de los test y del propio contrato, a una reunión de entre treinta y cuarenta y cinco minutos, cuyo contenido no ha quedado claro a la vista de las contradicciones entre las partes y del carácter de personal de la entidad financiera de los testigos. Lo cierto es que doña _____, persona con estudios no superiores a graduado escolar, firma sobre la marcha los test de idoneidad y conveniencia, ya preredactados por la entidad crediticia, y sin pausa alguna ni meditación firma también en el espacio temporal señalado el propio contrato, sin que conste que se le facilitara documentación previa ni a ella ni a su marido para conocer el real alcance del derivado.

Hemos de insistir, como hemos hecho en resoluciones anteriores sobre este tipo de derivados comercializados a minoristas sin formación ni experiencia en el mercado de la especulación financiera, de que la información que ha de facilitar por escrito, con claridad y sin opacidades el Banco emisor del producto, no basta con que advierta de manera genérica del riesgo de pérdidas, sino que es preciso que se proporcione al cliente detalle del alcance de las pérdidas para cada uno de los escenarios posibles, y es aquí donde la información probada brilla por su ausencia, ya que el contrato solamente alude de forma abstrusa al comportamiento de las subyacentes por debajo de un “nivel de barrera”, con claves poco comprensibles para un cliente que según el propio test de conveniencia, carecía del perfil para contratar ese tipo de producto.

En definitiva, considera este Tribunal que la entidad demandada, Banco de Santander, no cumplió los deberes de informar de forma clara, precisa y no engañosa sobre las características del producto al cliente minorista, incumpliendo con ello *la obligación de dar o proporcionar información a los clientes*, debiendo incluir, en todo caso de manera comprensible, la empresa de inversión y sus servicios, y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en estos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares), centro de ejecución de órdenes y gastos y costes asociados, para que les permita a los clientes, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de





inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, decidir si les conviene invertir en esos concreto producto financiero, todo ello de acuerdo con el artículo 19 apartado 2, 3 y 8 de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) y artículo 79 bis apartados 2, 3 y 4 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781..

El error fue pues relevante, al recaer sobre condiciones esenciales del contrato, y no pudo ser vencido dadas las condiciones personales de la contratante, ayuna de conocimientos técnicos y de asesoramiento especializado. En este sentido, ya hemos apuntado que incluso la parte apelante dejó pasar la oportunidad de haber interrogado personalmente a la demandante, al renunciar la prueba que había sido admitida en la audiencia previa del proceso. Se produce pues una falsa representación de la contratante sobre las consecuencias del contrato, sobre los términos de su dinámica, que acaba generando fuertes pérdidas no ya en forma de nula rentabilidad, sino de pérdida de la mayor parte del capital. De acuerdo con el art. 1266 y 1301 del C.C., ese error esencial e invencible supone la nulidad del contrato en su integridad.

En nada empece a estas conclusiones, por supuesto, el que a mediados del año 2009, a la vista de las pérdidas que estaban produciéndose, existieran conversaciones para reestructurar el producto, pues se trata de un momento temporal posterior a la prestación del consentimiento, que es el que ha de tenerse en cuenta para la declaración de la nulidad. Si lo que la parte apelante pretende derivar de estas conversaciones es que la actora tenía conocimiento del riesgo, en absoluto puede ser esa la conclusión, pues precisamente es el comienzo de las liquidaciones negativas tras la quiebra de Lehman Brothers, como admite la propia parte apelante, lo que puede haber llevado a la parte ahora demandante a darse cuenta - y no antes- de las perniciosas resultancias del contrato de adhesión firmado.

El recurso pues ha de ser desestimado.

ULTIMO: En cuanto a las costas, por aplicación de los arts. 394 y 398 de la LEC 1/00, se imponen al apelante vencido.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. /Dña. BANCO DE SANTANDER S.A., contra la sentencia de fecha 5 de abril de 2.013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria, la cual **CONFIRMAMOS**, en su integridad con expresa imposición a los apelantes de las costas de esta alzada.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ, y en su caso la correspondiente tasa judicial.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.





PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. /as Sres. /as Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. /a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado/a de la Administración de Justicia certifico

