

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1**

Avenida Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942357018

Fax.: 942357019

Modelo: TX004

Proc.: PROCEDIMIENTO ORDINARIONº: **0000817/2015**

NIG: 3907542120150010009

Materia: Obligaciones

Resolución: Sentencia 000028/2016

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	[REDACTED]	DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Demandado	BANCO SANTANDER SA	[REDACTED]

SENTENCIA nº 000028/2016

En Santander, a 29 de febrero del 2016.

Vistos por JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander, los presentes autos de **Juicio Ordinario**, seguidos en este juzgado bajo el número 817 del año 2015, a instancia de DOÑA [REDACTED] representada por el Procurador D. Diego Francisco Diego Lavid, y asistida por los Letrados D. Antonio Davide Musumarra y D. Juan José Ortega García, contra el BANCO SANTANDER S.A., representada por el Procurador D. [REDACTED] y asistido por el Letrado D. [REDACTED], procede, en nombre de S.M. el rey, a dictar la presente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por DOÑA [REDACTED] representada por el Procurador D. Diego Francisco Diego Lavid, y asistida por los Letrados D. Antonio Davide Musumarra y D. Juan José Ortega García, se presentó el 9 de julio de 2015 demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER S.A., en base a los hechos y fundamentos de derecho expresados en el mismo y que se dan por reproducidos, terminando con el suplico de que se dictara sentencia por la que estimando la demanda que en consecuencia se declare principalmente la nulidad por vicio del consentimiento basado en el error prestado por los demandantes a causa del incumplimiento de BANCO SANTANDER, S.A. de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios, de las órdenes de compra de dichos valores y contratos que estén vinculados con la citada compra, y en sus méritos conforme al art.1303 C.Civl, se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a la demandante como principal la cantidad invertida más el interés legal desde la inversión, TREINTA MIL EUROS (30.000 €), menos los intereses cobrados por la demandante según se acredite por la adversa a lo largo de este procedimiento o en todo caso a determinar en ejecución de sentencia, más el interés legal del importe invertido desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma



hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANCO SANTANDER S.A o entidad que ésta designe sobre los VALORES o ACCIONES objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre las mismas.

Y, subsidiariamente, si no se concede la nulidad interesada, solicitamos se declare el incumplimiento por parte de "BANCO SANTANDER, S.A." o entidad que le suceda en sus derechos y obligaciones de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda y se declare la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales de información tanto a nivel activo como pasivo en fase precontractual, contractual y postcontractual, y en sus méritos se proceda a la restitución de las prestaciones o en su caso a la Indemnización de Daños y Perjuicios, condenando a la demandada a devolver a la demandante como principal la cantidad invertida más el interés legal desde la inversión, TREINTA MIL EUROS (30.000 €), menos los intereses cobrados por la demandante, y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANCO SANTANDER S.A o entidad que ésta designe sobre los VALORES o ACCIONES objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre las mismas.

SEGUNDO.- Por Decreto de 27 de julio de 2015 se admitió a trámite la demanda dándose traslado de ella a la demandada para que se personase y contestase en el plazo de veinte días, lo que verificó, oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación.

TERCERO.- Se señaló para la celebración de la audiencia previa el 1 de diciembre de 2015, a la que comparecieron ambas partes proponiendo las pruebas que tuvieron por conveniente, señalándose para la celebración del juicio el 5 de febrero de 2016. En el acto de juicio se practicaron las pruebas admitidas. Tras ello las partes formularon conclusiones quedando los autos conclusos y vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PRETESIÓN DE LA DEMANDANTE Y OPOSICIÓN DE LA DEMANDADA

La parte demandante ejercita una acción de nulidad contractual de la contratación realizada en Valores Santander o subsidiariamente una acción de indemnización de daños y perjuicios. Sostiene la demandante que el 1 y 2 de octubre de 2009, suscribió con la entidad demandada y por consejo de la misma, lo que creía era un producto seguro y sin riesgo asimilado a un depósito por una cantidad de 30.000 euros. El producto adquirido fueron "Valores Santander". Firmó la orden de compra, sin que los empleados del banco acreditaran en ninguna de las compras conocer la experiencia inversora de la demandante. Tampoco se entregó folleto informativo, llevándose a cabo las contrataciones en pocos minutos, y bajo la técnica de firme aquí y firme aquí. El producto se vendió como un producto amarillo cuando verdaderamente debió calificarse como un

producto rojo, ya que es un producto donde se corría el riesgo de pérdida del capital, y tal como consta en el manual de procedimientos del Banco Santander tales productos, sólo pudieran haberse vendido a minoristas bajo el deber de perfilización anterior a la compra y bajo la firma manuscrita del anexo 2 del citado manual que se omitió en la venta del presente producto. En 2012 los valores se convirtieron en acciones: es en ese momento cuando la demandante es consciente de no recuperar la inversión, y que si vendiera las acciones perdería más del 60% de la inversión. En ningún momento se entregó folleto alguno a la demandante, ni se le informó de que los valores se convertirían en acciones de Banco Santander y que perdería parte de su inversión si las acciones no se revalorizaran, haciéndole ver que se trataba de un producto seguro donde se garantizaba el capital; es más no se entregó el tríptico; pero de una simple lectura del mismo se puede comprobar que en el mismo no se hacía referencia alguna a un rendimiento negativo para el caso de producirse el canje forzoso.

La parte demandada se opone a las pretensiones de la parte actora solicitando la desestimación de la demanda. Sostiene la demandada que el 1 de octubre de 2009, la demandante ordenó suscribir 4 Valores Santander por un importe nominal de 20.000 euros a un cambio máximo del 82% y el 2 de octubre ordenó adquirir otros 2 Valores Santander por un importe nominal de 10.000 euros a un cambio máximo del 82%. La compra de los Valores Santander no se formalizó en la emisión ni tuvo como contrapartida a Banco Santander, sino que la actora adquirió los títulos en el mercado secundario a otro inversor dos años después de que hubieran sido emitidos. La demandante no desembolsó por ellos el importe nominal, sino que se aprovechó de un precio sensiblemente inferior, debido a que los títulos se habían depreciado en el mercado (23.252 euros). La actora conocía que los Valores Santander podían variar en su cotización en función de la evolución de las acciones de Banco Santander, pues precisamente se benefició del descenso en su cotización para adquirirlos por un valor inferior a su nominal. La inversión se realizó de forma consciente y voluntaria, habiendo sido informada la parte actora por la entidad demandada de las características y riesgos del producto a través de los documentos registrados al efecto en la CNMV (Tríptico y a la Nota de Valores). Hasta la interposición de la demanda en el año 2015 la actora jamás ha reclamado por ninguna vía (judicial o extrajudicial) en relación con la inversión que aquí se discute. Antes al contrario, la parte actora fue percibiendo puntualmente los sustanciosos rendimientos derivados de la inversión a su entera satisfacción y sin mostrar objeción alguna. Lo que realmente ha ocurrido es que, sin culpa alguna de la entidad demandada, descendió el valor de las acciones de Banco Santander en las que se convirtieron los Valores Santander tras el canje previsto en sus condiciones propias, lo que le ha impedido a la parte actora obtener un mejor resultado en su inversión. La demandante ha hecho inversiones en fondos de inversión y planes de pensiones que no están garantizados estando sometidos de riesgo de solvencia y tipo de interés. Uno de los planes de pensiones incluía riesgo de fluctuación bursátil. La demandante no pudo confundir el producto con un depósito. El contenido de las órdenes de compra acredita que, con carácter previo a realizar la inversión, se había proporcionado a la demandante información necesaria sobre la naturaleza, características y riesgos de los Valores Santander, y en concreto el Tríptico

informativo. Aunque la actora era, como ha quedado visto, una persona con experiencia en productos cotizados, adoptando un criterio conservador, la demandada le advirtió que el producto no era conveniente según su experiencia inversora, advertencia que tomó como base un test de conveniencia cumplimentado por la demandante. Se ha producido una confirmación del contrato pues la demandante ha conocido la evolución de los Valores Santander y no expresó nunca queja alguna recibiendo los intereses que devengaban, y además desde la conversión de las acciones la demandante también ha seguido obteniendo sin queja ni protesta importantes beneficios por las acciones. Alega además la demandada que no prestó a la demandante ningún servicio de asesoramiento financiero se limitó a comercializar el producto.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS

La demandante, Doña [REDACTED] es cliente minorista (inversor no profesional), sin experiencia previa en productos complejos, que, únicamente había invertido en planes de pensiones y fondos de inversión de bajo riesgo. Su interés no era otro que obtener el mayor rendimiento de sus ahorros siendo su tolerancia al riesgo de pérdida patrimonial baja.

En octubre de 2009, acudió a la Oficina del Banco Santander de [REDACTED], donde le atendió la empleada de la entidad, D^a [REDACTED] quien, cuando aquella le demandó mayor rentabilidad para su dinero, esta le ofreció un producto (los Valores Santander) que, sin hacer una previa evaluación de idoneidad, entendió que era bueno para ella. La demandante en la creencia de que el producto que le ofrecían en la entidad no tenía riesgos relevantes adquirió los valores.

Así en 1 de octubre de 2009, la demandante ordenó suscribir 4 Valores Santander por un importe nominal de 20.000 euros a un cambio máximo del 82% y el 2 de octubre ordenó adquirir otros 2 Valores Santander por un importe nominal de 10.000 euros a un cambio máximo del 82%. La demandante no desembolsó por ellos el importe nominal, sino que se aprovechó de un precio sensiblemente inferior (23.252 euros).

Los Valores Santander daban unos rendimientos del 7,30% el primer año y del Euribor más 2,75% en los años sucesivos, pagadero trimestralmente. Pero en octubre de 2012 necesariamente se convertían en acciones del Banco Santander por un precio predeterminado que podía ser (como así ocurrió) superior al valor de cotización de la acción en el momento de la conversión. Por lo tanto era un producto complejo y de riesgo, riesgo del que la demandante no fue verdaderamente consciente hasta que llegada la conversión en acciones vio que sus ahorros habían sufrido una pérdida patrimonial relevante dado que obtuvo 2.314 acciones que cotizaban a 5,867 euros

TERCERO.- CARACTERISTICAS DE LOS VALORES SANTANDER

En los meses de junio y julio de 2007, el consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis lanzó una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones de la entidad

financiera ABN AMRO. Para financiar esta operación, Banco Santander emitió los Valores Santander el 4 de octubre de 2007. Como esta emisión se vinculaba a la operación descrita, su evolución posterior quedaba igualmente ligada al resultado de esa operación.

a) Si el consorcio en el que participaba Banco Santander no adquiría ABN AMRO, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el principal invertido más un interés fijo del 7,30%.

b) Si, por el contrario, se procedía a la adquisición de ABN AMRO por el citado consorcio (como así sucedió), entonces los valores emitidos se convertirían en *obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander*, devengando un interés anual (7,30% el primer año y Euribor más 2,75% en los años sucesivos, pagadero siempre trimestralmente) hasta su necesaria conversión en acciones del Banco. Esta conversión podría efectuarse, o bien anualmente (cada año a partir de octubre de 2007) voluntariamente y, por tanto, a iniciativa del inversor o bien obligatoriamente, transcurridos cinco años desde la emisión del producto siempre a un valor o precio de conversión determinado de inicio.

La operación de ABN AMRO se culminó con éxito por lo que los títulos emitidos se convirtieron en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander.

Un rasgo fundamental en el producto es que, con independencia de la posterior evolución en el mercado del valor de las acciones del Banco Santander, el cliente siempre iba a recibir un número ya determinado de acciones. Por ello el éxito de la operación dependía de que al tiempo de la conversión de las obligaciones en acciones el valor éstas fuera superior al precio predeterminado para conversión. Si estaba por debajo (como así ocurrió), el cliente perdía al recibir las acciones a un precio superior al de cotización.

Estamos por tanto ante un producto especulativo, con clara competente aleatorio y de riesgo, únicamente adecuado para aquellos inversores que desean "apostar" sus ahorros a una predicción sobre cuál será el valor de cotizaciones de las acciones del Banco Santander en una fecha futura. Y obvia decir que es un producto totalmente inadecuado para aquellos inversores que, no buscan arriesgar sus ahorros, sino únicamente obtener rentabilidad sin riesgos relevantes, como, a pesar de los esfuerzos de la demandada en tratar de convencer de lo contrario, entendemos es el caso de la demandante.

CUARTO.- PRODUCTO COMPLEJO

Como muy acertadamente indica el Banco Santander en su escrito de contestación, la demandante no adquirió los Valores Santander cuando se emitieron en octubre de 2007, sino posteriormente en octubre de 2009. Pero eso dato en nada favorece los intereses del Banco Santander pues, como veremos en fundamentos posteriores, en ese fecha ya se había transpuesto al Derecho Interno la Directiva Mifid, hecho que diferencia sustancialmente este caso de otros supuestos analizadas en otros procedimiento judiciales.

No obstante procede empezar por determinar si el producto es o no complejo en orden a fijar el nivel de información que estaba obligada a proporcionar la entidad financiera.

El artículo 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios, éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las "(i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo." En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquéllos en los que concurren las siguientes tres condiciones: "(i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento". No se considerará instrumentos financieros no complejos: i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas; ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley"

Visto lo anterior no cabe duda que los "Valores Santander" deben calificarse como "PRODUCTO COMPLEJO" en cuanto esos valores son obligaciones necesariamente convertibles en acciones y por ello merecen la condición de complejos a los efectos de aplicar la Ley de Mercado de Valores (arts. 2. 2 y 79 bis, apartado 8).

Tal calificación no admite discusión, y es compartida, no solo ya por la perito de la demandante, Doña Nuria Mª García Pascual sino también por el perito de la demandada, D. Julián José Barrios Sánchez, que en la página 31 de su informe expresamente reconoce que es un producto complejo. Este último perito ya explicó en juicio (minuto 19:45 de la grabación) que los "valores Santander" son obligaciones convertibles en acciones y desde que está en vigor la normativa Mifid (y en el caso de autos lo estaba porque la suscripción es de 2009) las obligaciones convertibles se consideran un producto complejo porque es un título que va dar lugar a otro. También la CNMV considera que los bonos y obligaciones convertibles son productos complejos (véase la Guía sobre Catalogación de los Instrumentos Financieros como Complejos o No Complejos de 14 de octubre de 2010 de la CNMV).

Por lo tanto, siendo los valores Santander un producto complejo, son plenamente aplicable los deberes de información del art. 79 bis de la LMV.

QUINTO.- NORMATIVA APLICABLE: MIFID

Como ya adelantamos anteriormente, cuando se concertó el contrato cuya nulidad se solicita (octubre de 2009), las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la *Directiva 2004/39/CE (MiFID)* ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la *Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV*. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

Señala la STS de 20 de enero de 2014, recurso núm. 879/2012, que "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (*Markets in Financial Instruments Directive*), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law* -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "*Good faith and Fair dealing*" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar."

Las Sentencia indicada, y la posterior STS de 4 de febrero de 2016, Recurso 3024/2012, señalan que “el art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

En su apartado 2, concreta que «en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento » .

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un **test de conveniencia** cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, el **test de idoneidad** opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de

inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un **examen completo del cliente**, mediante el **denominado test de idoneidad**, que suma el **test de conveniencia (conocimientos y experiencia)** a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el *art. 72 RD 217/2008* que las entidades financieras «deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

SEXTO.- ASESORAMIENTO FINANCIERO

Como acabamos de ver el *art. 79 bis LMV* distingue entre servicio de inversión con o sin asesoramiento financiero. Si no hay asesoramiento financiero la entidad se debe limitar a realizar el test de conveniencia al cliente. Pero si por el contrario hay un asesoramiento financiero, la normativa exige hacer un **TEST DE IDONEIDAD** que, como indica el TS, suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Al respecto del concepto de asesoramiento financiero la *STS de 20 de enero de 2014*, recurso núm. 879/2012, señala lo siguiente: *Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a 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 esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.*

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE 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 ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público."

En el caso que nos ocupa es un hecho plenamente probado que [REDACTED] contrató los "Valores Santander" por recomendación de la empleada de la entidad bancaria. Lo confirma la propia testifical de la empleada de la entidad demandada que comercializó el producto, [REDACTED] quien en su declaración testifical fue preguntada por la razón por la que ofreció el producto al cliente (minuto 4:45 de la grabación) y manifestó que no recordaba con exactitud los términos de la venta, pero que entendía por la trayectoria de la cliente (unos meses antes tenía un depósito que daba poco interés, y después recibió un dinero), le demandó más rentabilidad, y por eso le ofreció este producto. La testigo, tras poner de manifiesto que tenía conocimiento las circunstancias financieras de la demandante, añadió (minuto 8:52 de la grabación) que se consideró que era un "buen producto". De la testifical se desprende por tanto que la entidad demandada recomendó a la demandante la adquisición del producto como medio con el que obtener la mayor rentabilidad que le demandaba.

Por lo cual no cabe duda que el Banco Santander realizó un servicio de asesoramiento con la demandante pues en un contacto directo y personal con la cliente la entidad le invitó de manera personalizada a la vista de sus circunstancias a suscribir los valores Santander, y la demandante suscribió bajo el influjo del ofrecimiento dado por la entidad demandada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 29-12-2015, 16-09-2015, 20-01-2014, entre otras muchas) es ya reiterada en el sentido de que este tipo de ofrecimientos por parte de las entidades a sus clientes constituyen un servicio de asesoramiento financiero.

Para que haya asesoramiento financiero no es necesario, como erróneamente dice la entidad demandada, que haya un contrato específico de asesoramiento de carácter remunerado. Concretamente la STS de 16-09-2015, Recurso Núm. 1879/2013, estableció lo siguiente al respecto: *"Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, como parece entender la sentencia de la Audiencia Provincial, remunerado, como pretende la apelante, ni que esta inversión cayera dentro de un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y Bankinter. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición."*

Por lo tanto no hay duda de que nos hallamos ante un asesoramiento financiero.

SEPTIMO.- TEST DE IDONEIDAD

Existiendo por tanto un servicio de asesoramiento financiero la entidad demandada, antes recomendar a la demandante el producto, debía realizar, no un mero test conveniencia, sino un test de idoneidad.

Conviene en este punto transcribir la literalidad del art. 79 bis. 6 LMV (*test de idoneidad*), vigente en el momento de la suscripción de la orden de adquisición:

«Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.»

El art. 79 bis. 6 LMV no sólo impone a quien presta servicios de asesoramiento financiero el deber de recabar la información necesaria para elaborar el perfil inversor del cliente minorista, *« con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan»* , sino que, además, prescribe que mientras no obtenga esta información, *« no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente »*.

Pues bien en el caso de autos el test realizado (doc. nº 24 de la contestación) no cumple con las exigencias del art. 79 bis. 6 de la LMV porque no es un test de idoneidad sino un test de conveniencia cuya finalidad es bien distinta pues no busca el ajuste de los objetivos de inversión del cliente al nivel de riesgo del instrumento sino simplemente valorar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, e informarle de ello.

Consta acreditado por tanto que la entidad demandada no recabó el test de idoneidad a fin de justificar que la recomendación de inversión realizada (Valores Santander) fuera la que más les convenía a la demandante pues solo hizo un test de conveniencia. Se trata del incumplimiento del estándar mínimo de diligencia y lealtad en la prestación del servicio de asesoramiento financiero (STS 10-07-2015).

OCTAVO.- ERROR DE CONSENTIMIENTO

El artículo 1266 del Código Civil establece que *«Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.- El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.- El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección» .

La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en formación de la voluntad defectuosa a causa de un conocimiento equivocado o un desconocimiento de la realidad; una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Nuestro Código Civil no define el concepto de error , y aparentemente contempla tres supuestos distintos: error en la sustancia de la cosa, error en la persona, y el error de cuenta. Como destaca la doctrina, este precepto no es aplicable a todos los posibles errores. En primer lugar, se refiere exclusivamente a los contratos onerosos. En segundo, no se refiere a ciertos errores que hacen inviable el contrato por falta de alguno de sus elementos esenciales; sólo los contratos en los que concurren los requisitos del *artículo 1261 del Código Civil* pueden ser anulados por error (*artículo 1300 del mismo Código*). En tercer lugar, el error a que se refiere es al error intrínseco (en contraposición a lo que la doctrina ha denominado error extrínseco, que se relaciona con la falsedad de la causa). También se suele distinguir entre error en los motivos y error en la declaración. Este determina una inadecuada expresión de la voluntad, la declaración no expresa lo querido, e implica la carencia de voluntad, y por lo tanto la nulidad absoluta o radical. Aquél no implica una carencia de voluntad, sino una apreciación errónea de aquellos aspectos que han sido tomados en cuenta como determinantes para que nazca la voluntad contractual; se quiere lo declarado, pero el móvil interno es erróneo, y el contrato es meramente anulable.

Se ha venido considerando que el error vicio es aquel que constituye una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada. Este es el planteamiento del *artículo 1266 del Código Civil* . En cambio, en el error obstativo hay una falta de voluntad, porque o bien no se quería declarar y se hizo, o bien se produce un lapsus que da lugar a una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración [*Ts. 13 de julio de 2012 (Roj: STS 5691/2012, recurso 1549/2009)*].

Nuestro Tribunal Supremo ha establecido [*sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2015 (Roj: STS 688/2015, recurso 678/2013)*, *12 de enero de 2015 (Roj: STS 254/2015, recurso 2290/2012) de Pleno*, *12 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4440/2014, recurso 2979/2012)*, *10 de septiembre de 2014 (Roj: STS 4339/2014, recurso 2162/2011) de Pleno*, *20 de enero de 2014 (Roj: STS 354/2014, recurso 879/2012)*, *21 de noviembre de 2012 (Roj: STS 7843/2012, recurso 1729/2010)*, *15 de noviembre de 2012 (Roj: STS 7822/2012, recurso 796/2010)*, *4 de octubre de 2012 (Roj: STS 6152/2012, recurso 142/2010)*, *30 de marzo de 2011 (Roj: STS 2144/2011, recurso 1569/2007)*, *12 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5881/2010, recurso 488/2007)*, *6 de mayo de 2010 (Roj: STS 2167/2010)*, *11 de diciembre de 2006 (Roj: STS 7809/2006, recurso 239/2000)*, *23 de julio de 2001 (RJ Aranzadi 8413)*, *26 de julio de 2000 (RJ Aranzadi 9177)*, *10 de febrero de*

2000 (RJ Aranzadi 2424), 6 de febrero de 1998 (RJ Aranzadi 408), 6 de noviembre de 1996 (RJ Aranzadi 7912), 14 de julio de 1995 (RJ Aranzadi 6010), y 18 de febrero de 1994 (RJ Aranzadi 1096), entre otras muchas] que para poder declararse la anulabilidad de un contrato por error al prestar el consentimiento, es preciso:

(a) Que recaiga sobre la cosa que constituye objeto del contrato, sobre su sustancia o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

(b) Que el error invalidante no sea imputable al que lo padece, en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una diligencia media o regular

(c) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.

(d) Que se pruebe quien lo alega. Para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

NOVENO.- EXPERIENCIA INVERSORA Y PERFIL DE LA DEMANDANTE

Hemos de tener en cuenta que la demandante es un cliente minorista sin experiencia inversora previa en productos complejos como el de autos (igual o similar). Con anterioridad había invertido en fondos de inversión y planes de pensiones, pero esos productos no son comparables a los Valores Santander pues aquellos son productos no complejos y tienen un riesgo bajo. La propia entidad demandada conocía además que el producto ofrecido no era conveniente a la experiencia y conocimientos financieros de la demandante porque, aunque no realizo el test de idoneidad, si hizo el test de conveniencia que dio resultado negativo.

El producto contratado además, a la vista del tipo de inversiones que había realizado la demandante, no se adecuaba a su perfil inversor caracterizado por ser más bien conservador pues el riesgo asumido en productos anteriores era bajo o muy bajo.

Así se desprende además de los informes periciales aportados.

El informe elaborado por los Economistas Doña Nuria M^a García Pascual y D. Miguel Gálvez Hernández (aportado por la demandante), concluye (página 28, último párrafo) lo siguiente: "Tras el análisis del perfil inversor de la [REDACTED] cabe destacar que tenía un perfil CONSERVADOR, su operativa bancaria se limitaba a la contratación de productos simples: cuenta, libreta de ahorro, imposiciones a plazo fijo que

iba renovando a vencimiento, planes de pensiones (producto financiero de ahorro para la jubilación, que permite al inversor realizar aportaciones periódicas para poder disponer de un capital o una renta en el momento de la jubilación, en caso de fallecimiento o incapacidad), dos fondos de inversión del propio Banco Santander catalogados por la propia entidad con un nivel de riesgo de "bajo" y "muy bajo" y un seguro con la aseguradora Helvetia, cuyo importe se destinó a la adquisición de los Valores Santander."

En informe pericial del Economista D. Julián José Barrios Sánchez (aportado por la entidad demandada) se indica (página 9) que la demandante había invertido en dos fondos. Uno, "Santander Fondepostios Clase A, F.I.", cuyo objetivo es "mantener el principal y obtener una rentabilidad acorde con los tipos del mercado monetario", y tiene un nivel riesgo de 2 en una escala del 1 al 7. Otro, "Santander Tesoro Clase A, F.I." cuyo objetivo también es "mantener el principal y obtener una rentabilidad acorde con los tipos del mercado monetario" y tiene un nivel riesgo de 2 en una escala del 1 al 7. Indica también el informe (página 12) que la demandante ha tenido planes de pensiones (PP Santander Futuro 2020 y PP Santander Monetario).

Partiendo de que el perfil de un inversor (conservador, moderado o agresivo) se define por la relación que existe entre los riesgos que está dispuesto a asumir y los rendimientos que espera obtener, la demandante, a la vista de las inversiones realizadas con anterioridad a los valores objeto de este litigio, sería un inversor Conservador (con algo de tolerancia al riesgo) que es aquel que tiene como principal objetivo la estabilidad patrimonial pero también busca protección frente a la inflación, por lo que admite una exposición baja al riesgo.

DECIMO.- CONCLUSIONES

De lo expuesto en anteriores fundamentos podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Cuando se suscriben los Valores Santander estaba plenamente en vigor la **normativa Mifid**.

La demandante no adquirió los valores Santander en el momento de su emisión en septiembre de 2007 sino posteriormente en octubre de 2009, momento en el que la Directiva Mifid ya había sido traspuesta al Derecho interno por la *Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV*, y también había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

2. Los Valores Santander a efectos de la LMV son un **producto complejo** siendo penamente aplicables las obligaciones de información impuestas en el artículo 79 bis de LMV a las empresas que prestan servicios de inversión sobre estos productos.

3. La demandante recibió un **asesoramiento financiero** por parte de la entidad demandada puesto que la entidad demandada en contacto personal y directo con la cliente le recomendó el producto como solución a su demanda de mayor rentabilidad para sus ahorros.

4. La entidad demandada tenía la obligación, antes de recomendar la contratación de los "Valores Santander", de realizar el **Test de Idoneidad** para obtener la información necesaria, no solo sobre los conocimientos y experiencia del cliente, sino también sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de valorar si ese producto era el que más convenía al perfil inversor de su cliente (art. 79 bis.6 LMV).

5. La entidad demanda incumplió con el deber de realizar el test de idoneidad pues solo realizó un test de conveniencia.

6. La entidad demandada, a pesar de no haber valorado a través de la realización de test de idoneidad cual era la situación financiera de la demandante y, muy en particular, sus objetivos de inversión (duración deseada, riesgo asumible y finalidad buscada) recomendó un producto complejo y de riesgo infringiendo la prohibición del art. 79 bis 6 de la LMV.

7. El producto **no era conveniente a los conocimientos y experiencia inversora de la demandante.**

8. El producto contratado **tampoco se adecuaba al perfil inversor** de la demandante deducido del tipo de inversiones que había realizado previamente (planes de pensiones y fondos de inversión) que sitúan a la demandante en un perfil más bien conservador pues el riesgo asumido en esos productos era bajo o muy bajo.

DECIMOPRIMERO.- CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REALIZACIÓN DEL TEST DE IDONEIDAD

La falta de realización del test de información constituye un incumplimiento de los deberes de información que corresponde a la entidad demandada.

Se considera que, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la nulidad radical, si bien 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, error que debe recaer sobre el objeto del contrato, que en este caso afecta a los concretos riesgos asociados.

El Tribunal Supremo viene entendiendo que el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad financiera permite presumir la falta de conocimiento suficiente del cliente lo que determina un error en el consentimiento que es excusable al cliente.

En este sentido la STS nº 319/2016 de 3 de febrero de 2016 señala lo siguiente:

"Conviene aclarar, como ya hicimos en la Sentencia 840/2013, de 20

de enero de 2014 , que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos, hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento.

...

Y, como también hemos recordado en otras ocasiones, «el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre , con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014). Pero esta misma jurisprudencia, entiende que en casos como el presente, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente en 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 ».

Más, en concreto, la STS de 20 de enero de 2014, Recurso 879/2012, se pronunció sobre las consecuencias de la omisión del Test de Idoneidad, y señaló lo siguiente:

“13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad . Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia . En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un

informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad .

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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 que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

En consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de swap, no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio.”

La STS de 7 de julio de 2014, Recurso 1520/2012, vuelve a reiterar la anterior doctrina y añade lo siguiente:

“La aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, atendidos los hechos que han quedado relatados, implica que la entidad de crédito demandada ofreció el swap a la demandante, cliente minorista, como un producto dirigido a servir de cobertura frente a una subida de los tipos de interés aplicables a las hipotecas y no realizó el test de idoneidad, que era el procedente ya que al comercializarse el swap, como recomendación personalizada a quien en realidad quería un seguro de vida, el servicio prestado fue de asesoramiento financiero.

En consecuencia, la declaración de la sentencia recurrida según la cual la lectura del documento contractual no permite apreciar error acerca del funcionamiento del contrato no impide, puesto que la entidad demandada no hizo el test de idoneidad, presumir el desconocimiento por el cliente del verdadero riesgo asumido, lo que supone el error excusable sobre un elemento esencial según la doctrina expuesta.

Lo relevante, por tanto, no es si la información debía incluir o no unos gráficos de posibles evoluciones de EURIBOR, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y

de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del instrumento procedente en este caso, que era el test de idoneidad, cuya ausencia permite presumir el error excusable.”

La STS de 29 de diciembre de 2015, Recurso 2238/2012 señala lo siguiente:

“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, en este caso el swap. 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 que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.”

DECIMOSEGUNDO.- NULIDAD POR VICIO DE CONSENTIMIENTO

El deber de información obligaba a la entidad financiera, en este caso "Banco Santander", a realizar un juicio de idoneidad del producto, y a partir de ahí, suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre el producto, que abarque una advertencia sobre los concretos riesgos que asume, y cerciorarse de que el cliente es capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto es el que más que le conviene.

Por ello la demandada antes de recomendar el producto debió hacer el test idoneidad por el cual se evalúa, no ya solo la experiencia inversora de la demandante que ya sabemos no la tenía, sino también la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para así saber si el producto era idóneo para ella y debía recomendárselo. Sin hacer ese test de idoneidad no podía recomendar la contratación de los Valores Santander pues lo impide el art. 79 bis. 6 LMV. Sin embargo no realizó el test idoneidad y recomendó el producto. Tal incumplimiento unido al hecho de que la demandante ni tenía la experiencia previa necesaria para comprender los riesgos del producto en todos sus aspectos y magnitudes (según confirma el propio test de conveniencia realizado por la demandada) ni el producto se adecuaba al perfil conservador que hasta el momento había caracterizado sus inversiones, hemos de presumir, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en el fundamento de derecho anterior, que la demandante suscribió los "Valores Santander" bajo una representación mental equivocada sobre riesgos de la inversión plenamente imputable al incumplimiento por la entidad demandada de sus deberes de información.

En consecuencia procede declarar la nulidad del contrato por error constitutivo de vicio en el consentimiento pues la falta de información que en este caso se produjo permite presumir en la demandante, cliente inversor no profesional, falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Se cumplen los requisitos previstos en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil sobre el error como vicio de consentimiento, y la interpretación que de los mismos ha dado la jurisprudencia, en relación con el requisito de su esencialidad (que recaiga sobre la sustancia de la cosa) e inexcusabilidad. El error es esencial pues recae sobre la naturaleza del producto financiero que se adquiere y resulta inexcusable desde el momento en que la parte demandada infringe el deber de información. Y es que esa falta de información fue lo que originó el error en la actora respecto a la finalidad perseguida a la hora de su suscripción. Se dan así las condiciones del error propio invalidante del contrato.

DECIMOTERCERO.- CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO

Sostiene la demandada que se ha producido una confirmación del contrato pues la demandante ha conocido la evolución de los Valores Santander y no expresó nunca queja alguna recibiendo los intereses que devengaban, y además desde la conversión de las acciones la demandante también ha seguido obteniendo sin queja ni protesta importantes beneficios por las acciones.

La SSTS de 15 de octubre de 2015, Rec. Núm. 29 de diciembre de 2015, Rec. Núm. 2355/2012, establece que: *"la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios*

de que adoleciera desde el momento de su celebración”.

En el caso de autos no pudo haber confirmación. La demandante no tuvo conocimiento del error hasta la conversión en acciones (octubre de 2012), por lo tanto cualquier acto anterior no pudo confirmar el contrato al no concurrir el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el *art. 1311 del Código Civil*. Por otro lado el hecho de que el inversor admitiese el cobro de dividendos de las acciones obtenidas no es impeditivo del ulterior ejercicio de una acción de nulidad por vicio del consentimiento como la presente y no puede entenderse que esa conducta haya provocado una convalidación tácita de las previstas en el artículo 1.311 del Código Civil al realizarse actos que impliquen necesariamente la voluntad de validarlo, dado que el mero cobro de dividendos no puede calificarse como acto inequívoco destinado a tal fin. Es perfectamente concebible que se perciban los dividendos en tanto no se anule la adquisición sin intención de validar el contrato y sin perjuicio de su posterior restitución en ese caso.

DECIMOCUARTO.- EFECTOS DE LA NULIDAD

Concluida la nulidad (anulabilidad) del contrato por error determinante del vicio del consentimiento, la misma conlleva los efectos prevenidos en el artículo 1.303 del Código Civil, esto es la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.

La parte demandada deberá restituir el importe de la inversión. En este punto ha quedado probado que el importe realmente invertido, no fueron los 30.000 euros reclamados, sino 23.252 euros. Ciertamente el nominal de cada título eran 5.000 euros (en total, 30.00 euros), pero según consta en la documental aportada la demandante adquirió los Valores Santander en el mercado secundario a precio inferior al nominal, en concreto, 23.252 euros. Así se desprende claramente del extracto de la cuenta bancaria de la demandante (doc. nº 16 de la contestación a la demanda). Ya en las ordenes de valores figuraba un “Limite de cambio” del 82%. Por lo tanto la demandada debe devolver a la demandante el importe real invertido (23.252 euros) más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la suscripción (1 y 2-10-2009).

La demandante debe devolver a la entidad bancaria los títulos procedentes de la suscripción y el importe bruto de los rendimientos recibidos por los valores adquiridos y las acciones procedentes de la conversión, más sus intereses desde la fecha de abono.

DECIMOQUINTO.- COSTAS

Al ser parcial la estimación de la demanda no procede condenar en costas a la parte demandada (art. 394 LEC).

Aunque haya prosperado la acción de nulidad no es posible apreciar la existencia estimación sustancial pues se solicitaba en demanda la devolución de una inversión de 30.000 euros habiéndose estimado sólo por 23.252 euros. Es evidente que la estimación de la demanda no ha sido sustancial pues no cabe calificar la desestimación de parte de la misma de



irrelevante, nimia o de escasa cuantía y trascendencia cuando representa más del 20% del importe total reclamado.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2, de 9 de junio de 2015 señala al respecto lo siguiente:

"La norma general en materia de imposición de costas es la del vencimiento objetivo, consagrada en el art. 394 LEC.; pero una interpretación literal de los términos empleados por el legislador al referirse a la parte que haya visto rechazadas "todas sus pretensiones" es claro que puede dar lugar a notorias injusticias, pues en no pocas ocasiones la estimación, aun siendo sustancial e importante, no es tan cabal y completa, pero tampoco lo desestimado relevante hasta el punto de justificar que el demandado se vea exonerado del pago de las costas. Por ello, como reconoce el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Junio de 2006, "la doctrina de los Tribunales, con evidente inspiración en la "ratio" del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el sistema con la denominada doctrina de la "estimación sustancial" de la demanda, que, si en teoría se podría sintetizar en la existencia de un "cuasi-vencimiento", por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del "quantum" es de difícil concreción y gran relatividad (...)". Como es inevitable, la aplicación de tal doctrina conduce a un casuismo inevitable pues por su propia naturaleza resulta imposible fijar normas generales, pero en todo caso debe valorarse la entidad misma de lo desestimado y su relación y proporción con el total de lo estimado, su carácter accesorio y en definitiva, si desde la perspectiva de los intereses en juego y la ponderación que de los mismos hace el legislador en ese art. 394, resulta o no ajustado al espíritu de la norma que el condenado abone, no obstante la absolución parcial, las costas del juicio como si hubiese sido vencido totalmente."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de 9 de junio de 2015, señala lo siguiente:

"El art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que las costas procesales se impondrán a la parte que vea desestimada todas sus pretensiones, salvo que el juzgador aprecie serias dudas de hecho o de derecho. ...el criterio de esta Sala es que una desestimación inferior al 10% supone una estimación sustancial".

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta DOÑA [REDACTED] contra BANCO SANTANDER S.A., debo declarar y DECLARO la nulidad de las dos orden de suscripción de



"Valores Santander" concertadas entre las partes el 1 y el 2 de octubre de 2009 por las que la demandante abonó el importe de 23.252 euros, condenando a la entidad demandada a devolver a la parte actora el importe satisfecho para la inversión (23.252 euros) más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción, detrayendo de dicho importe todas las cantidades brutas entregadas por el banco en concepto de rendimientos, dividendos o cualesquiera otros frutos que haya recibido por la suscripción con sus intereses legales desde la fecha de cada abono, cuya fijación exacta se realizara en ejecución de sentencia, pasando las acciones obtenidas en la conversión de los Valores Santander a titularidad de la demandada.

No se condena en las costas procesales a ninguna de las partes.

Contra esta resolución cabe interponer **RECURSO DE APELACION** ante este Tribunal, por escrito, en plazo de **VEINTE DIAS** contados desde el siguiente a la notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 458 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la interposición del recurso se deberá exponer las alegaciones en que base la impugnación además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

La admisión de dicho recurso precisará que, al prepararse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANESTO nº 3857000004081715 con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado

PUBLICACIÓN.- De conformidad con lo que se dispone en el artículo 212 de la LEC, firmada la sentencia por el Juez que la dictó, se acuerda por la Letrada de la Administración de Justicia su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en los autos, de lo que yo el Secretario doy fe.