

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0248218

Recurso de Apelación 143/2017



O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1585/2015

APELANTE: D. JOSE

PROCURADOR Dña. ANA LAZARO GOGORZA

APELADO: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D. EDUARDO CODES FEIJOO

SENTENCIA

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

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

En Madrid, a veinticinco de julio de dos mil diecisiete.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1585/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid, en los que aparece como parte apelante D. JOSE representado por la Procuradora Dña. ANA LAZARO GOGORZA y defendido por el Letrado D. EDUARDO RODRÍGUEZ DE BRUJÓN FERNÁNDEZ, y como parte apelada BANCO SANTANDER SA, representado por el Procurador D. EDUARDO CODES FEIJOO y defendido por el Letrado D. FERNANDO CASTEDO ÁLVAREZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 05/12/2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 05/12/2016, cuyo fallo es del tenor siguiente: “**ACUERDO: DESESTIMAR íntegramente** la demanda formulada por D. JOSÉ contra BANCO SANTANDER, S.A., y, en consecuencia, **ABSUELVO** a la parte demandada de cuantas pretensiones ejercitadas de contrario, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en esta primera instancia.”

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso

recurso de apelación por la parte demandante D. JOSÉ al que se opuso la parte apelada BANCO SANTANDER S.A. y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 11 de julio de 2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las pretensiones de las partes.

La demanda presentada por don José contra Banco de Santander, S.A., pretendía la declaración de nulidad por falta de consentimiento, o subsidiariamente por error en el consentimiento, del contrato financiero a plazo celebrado por las partes el 23 de Marzo de 2010, o alternatively la declaración judicial de resolución del contrato por incumplimiento grave de la demandada, condenando en ambos casos a esa entidad al pago de cincuenta mil euros, correspondiente al importe del capital invertido, más los intereses legales devengados hasta la fecha de completo pago.

Relata el demandante que se dedica profesionalmente a la crianza canina y cetrería, como trabajador autónomo. Que desde hacía quince años era cliente de Banesto, cuando el 23 de Marzo de 2010 los empleados de esa entidad, sin informarle sobre las características y riesgos del producto, colocaron sus ahorros en un instrumento complejo denominado Contrato Financiero a Plazo, que en realidad es un depósito estructurado con riesgo de pérdida de capital. El actor nunca dispuso de copia del contrato, y consideró que se trataba de una imposición a plazo fijo. El producto descrito se compone de dos tramos, uno de ellos como depósito a plazo con remuneración fija al 5.10% TAE, y un contrato financiero a plazo con devolución del capital condicionada a la evolución de los subyacentes, Abertis, Inditex, Banco Popular y Telefónica, que arrojó pérdidas por 32.509'96 €. El 30 de Marzo de 2010 se inició la apertura del contrato con capital inicial de 50.000 €, y vencimiento a 1 de Abril de 2014, fecha en que se liquidó el producto, y se emitió por el Banco orden unilateral de compra de acciones de POP.MC. De forma que se le abonaron 50.000 € en cuenta, pero con un cargo simultáneo de 50.201'04 € en otra cuenta ajena a la de contrapartida, para compra de acciones, adquiriéndose 3.327 acciones de Banco Popular por 17.490'039 €. Así, el saldo final de su inversión quedó reducido a esa cantidad, con una pérdida neta de 32.509'96 €. Los empleados de Banesto informaron al demandante que se trataba de un producto dotado de liquidez, seguridad y rentabilidad, sin ningún tipo de información ni folleto explicativo, vulnerando el art. 79 bis L.M.V. Se le hizo entrega de un test de clasificación previamente impreso, donde se refleja que conoce los riesgos asociados al producto, y que dispone de experiencia de siete años en contratación de esa clase de inversiones, cuando únicamente había sido titular de cuentas corrientes e imposiciones a plazo fijo. Con todo ello se generó un vicio en la prestación del consentimiento del actor que provoca la ineficacia del contrato.

La demandada Banco Santander, S.A. se opuso a la pretensión, explicando que el producto contratado, sobre un capital total de 200.000 €, se componía, por una parte, de un

depósito a plazo fijo de 150.000 € y, por otra parte, de un producto estructurado por el importe de 50.000 €. Sobre el depósito a plazo fijo, que generó beneficios de 8.296 €, nada se dice en la demanda. Por el tramo correspondiente al producto estructurado, el actor obtuvo intereses brutos de 2.370 €, así como 3.327 acciones de Banco Popular, adquiridas a un precio de 15'025 € por acción. El demandante no tenía experiencia ni conocimientos sobre el producto financiero, por lo que se le informó que el producto no era conveniente para él. Prestó su consentimiento plenamente informado, como consta en las Observaciones reflejadas al final del contrato. La empleada del Banco [REDACTED] explicó las características de la inversión, cumpliendo el deber legal de información asumido por el Banco, y realizó un test de conveniencia. No es cierto que el cliente fuera de edad avanzada, ni que no comprendiera las características y riesgos del producto. Firmó el contrato en todas sus hojas, tras recibir información del Banco, y ser advertido de que el producto no era conveniente a su perfil, firmando por ello una cláusula adicional al contrato en la que constaba que, pese a no ser apto para este tipo de productos, entendía y quería contratar el depósito estructurado. En cuanto a su perfil, en el test de conveniencia consta que llevaba 7 años invirtiendo, de donde se deduce que habría invertido en otras entidades financieras. Seguidamente se explican las características y el funcionamiento del producto, y se aduce que no se prestó ninguna clase de asesoramiento al actor, quien decidió por sí mismo invertir en busca de una alta rentabilidad.

SEGUNDO.- La sentencia apelada.

La sentencia dictada en la primera instancia, tras la descripción del producto litigioso denominado Contrato financiero a plazo, por importe nominal de 200.000 € diferenciado en dos tramos, destaca que la parte actora no solicita la declaración de nulidad del contrato, sino exclusivamente de la parte del mismo representada por un depósito financiero estructurado con importe inicial de 50.000 €, y calculando la pérdida neta aisladamente para ese tramo del producto, prescindiendo de los beneficios correspondientes al primer tramo, e incluso de los beneficios asociados al segundo tramo y de las acciones de Banco Popular recibidas al vencimiento. Y si bien la doctrina jurisprudencial permite la declaración de nulidad parcial del negocio mediante la exclusión de las cláusulas viciadas, por el contrario la nulidad derivada del error de consentimiento no puede afectar a una parte del contrato, aquella que genera menor rentabilidad, sino que se extendería a la totalidad de la inversión, tanto al tramo garantizado como al estructurado, con obligación para el actor de restituir la remuneración fija percibida por el primer tramo del nominal, la derivada del segundo tramo de la inversión, y las acciones obtenidas. Destaca que el Banco demandado incurrió en mala praxis, al firmarse el test de conveniencia en el domicilio del cliente, resultando poco creíble la declaración de doña Susana Borruey Martín de haber recibido previamente información del cliente para confeccionar el test de conveniencia en las dependencias del Banco. Además, admite la testigo que el producto no era conveniente, y se concluye que el Banco no respetó la previsión del art. 73 del RD 217/2008, de 15 de Febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, cuando dispone que “A los efectos de lo dispuesto en el 79bis 7 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional”. El test no

refleja resultado alguno, sobre la conveniencia o no del producto. El contrato sí expresa que el cliente reconoce que el producto no se ajusta a sus conocimientos y experiencia financiera, indicación que no está destacada en negrita o mayúscula. El actor firmó un documento independiente admitiendo haber recibido toda la información sobre el producto, como mera fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido, y como tal ineficaz según la doctrina jurisprudencial que se cita. Se concluye que el actor no era consciente de firmar un producto no adecuado para él, y la normativa Mifid sólo permitía a la entidad asumir el riesgo de carencia de los conocimientos necesarios por el cliente para el caso de clientes profesionales. Pese a todo lo anterior, resta valorar si don José era consciente de que el tramo II de la inversión, por 50.000 €, estaba sometido al riesgo de no recuperar en metálico el capital invertido, sino mediante la conversión del nominal en acciones de Banco Popular. El testigo don Juan manifiesta que advirtió expresamente de ese riesgo, que fue aceptado y comprendido por el cliente, manifestando éste que, en ese caso, esperaría a que las acciones de Banco Popular subieran. Se atribuye eficacia probatoria a las declaraciones del testigo, considerando que se trata de una comercialización individualizada y singular con un cliente al que conoce. Además de ello, el primer tramo de la inversión, por 150.000 €, se liquidaba el 1 de Abril de 2011, fecha en que el demandante no formuló protesta por la falta de devolución de los restantes 50.000 €. No existe queja en tal sentido hasta el año 2015. El hecho de que el Banco incumpliera sus deberes de diligencia y lealtad en el servicio de asesoramiento financiero, sólo implica que pueda presumirse un error de consentimiento, pero no implica necesariamente que concurra un error-vicio, a cuyo efecto debe atenderse al conocimiento suficiente por el cliente del producto complejo y de sus riesgos. Sobre ese aspecto, en este caso concreto ha quedado probado que don José fue debidamente informado de las características de la inversión, y tenía perfecto conocimiento de su funcionamiento en cuanto al 25% del capital que formaba el segundo tramo, por lo que no está probado que padeciera error al contratar. No cabe confundir el incumplimiento por una de las partes de las normas que imperativamente imponen un determinado comportamiento al profesional o comercializador de los productos financieros, con la contravención a derecho del contrato o de su causa, que es lo prohibido en los arts. 1255 y 1275 Cc. con la consiguiente nulidad radical ex art. 6.3 Cc. Si bien el Banco demandado incumplió el deber de practicar los test de conveniencia y de idoneidad, no puede afirmarse que incumpliera sus deberes de información sobre el producto. Tampoco puede prosperar la acción de resolución contractual, exponiendo doctrina jurisprudencial que anuda la concurrencia de error en el consentimiento, por inexistencia de información al cliente, con la nulidad contractual, y no con la resolución. Por todo lo cual se desestima en su integridad la demanda.

TERCERO.- Motivos de recurso.

Frente al pronunciamiento desestimatorio de la demanda interpone recurso de apelación don José, alegando en primer lugar que el producto contratado no era idóneo, por su complejidad, al perfil del cliente. En concreto, no se informó al cliente del riesgo de pérdida del segundo tramo de capital. Se exponen las características de los Depósitos Estructurados, así como un análisis general sobre la conveniencia de suscripción del producto por clientes minoristas, y se alude al contenido de un informe emitido por la CNMV sobre instrumentos financieros híbridos que fue invocado en el escrito de demanda.

Se reiteran los antecedentes personales del cliente relatados en la demanda, y en su perfil de minorista ahorrador, a quien se aconsejó, sin ofrecer ninguna clase de información, la inversión de la totalidad de sus ahorros en el Depósito Financiero Estructurado, presentándolo como una imposición a plazo fijo.

Se denuncia la falsedad de los datos contenidos en el test de conveniencia, así como la infracción del deber legal de información soportado por el Banco. En el test se dice que el cliente lleva más de siete años contratando estos productos, pese a conocer los empleados del Banco que el actor sólo había mantenido cuentas corrientes e imposiciones a plazo fijo. Tampoco es cierto que hubiera invertido más de diez veces en operaciones de riesgo en el último año. Las respuestas al test de conveniencia fueron preconfeccionadas por el Banco. Se expone la normativa del mercado de valores sobre protección al cliente minorista, reforzada tras la reforma de la Ley del Mercado de Valores resultante de la transposición de la Directiva Mifid. Admite el apelante que la mera vulneración de la normativa administrativa sobre el deber legal de información asumido por el Banco no provoca, sin más, la nulidad del producto, pero sí es trascendente para determinar si el cliente prestó su consentimiento mediante error esencial y excusable. Incumbe al Banco la carga de probar el cumplimiento de ese deber, y a efectos de esa prueba resulta insuficiente la declaración testifical de los empleados del Banco. La propia sentencia apelada declara incumplido ese deber.

Alega el apelante que, frente a lo que se declara en la fundamentación de la sentencia, en la súplica de la demanda se postuló la nulidad de la totalidad del contrato litigioso de 23 de Marzo de 2010, y no exclusivamente de las cláusulas correspondientes a su tramo segundo.

Finalmente se expone que concurren todos los requisitos legales necesarios para declarar la nulidad, o la anulabilidad, del contrato. Se invoca el art. 1266 Cc., en relación con la absoluta ausencia de información recibida del Banco en relación con el funcionamiento y características del producto contratado, pese a tratarse de un producto tan complejo que resulta de imposible comprensión para el cliente, resultando por todo ello viciado su consentimiento mediante error determinante de la ineficacia del negocio.

CUARTO.- Deber legal de información soportado por el Banco.

La sentencia apelada declara probado el incumplimiento por la demandada de su obligación de realizar los test de idoneidad y de conveniencia. Y aprecia también que, conociendo que el producto no era adecuado para el cliente, la normativa Mifid no permitía a la entidad asumir el riesgo de que el cliente careciera de los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos del producto, de conformidad con el art. 73 del RD 217/2008, de 15 de Febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de Noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de Noviembre, que al desarrollar el art. 79.bis.7 citado dispone que “A los efectos de lo dispuesto en el 79bis 7 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional”.

Sin embargo, al mismo tiempo la sentencia declara probado que don José fue informado de las características de la inversión y tenía conocimiento del funcionamiento del producto en cuanto al segundo tramo del capital. No se comparte esa apreciación. Revisando la prueba practicada, se alcanzan las conclusiones siguientes:

1.- Deber de asesoramiento. Incumplimiento del deber de practicar test de idoneidad.

De lo actuado se desprende que el Banco dirigió al cliente una recomendación personalizada, asumiendo por ello un deber de asesoramiento, que entraña la obligación de practicar un test de idoneidad. En ese sentido, el demandante relata que los empleados de Banco se dirigieron a él para ofertarle la compra de un producto que presentaban como muy beneficioso y destinado a clientes preferentes, versión que no ha sido contradicha por la demandada, con la consecuencia prevista en el art. 405.2 L.E.c. Los dos empleados del Banco que comparecieron a juicio declaran que don José les manifestó que la rentabilidad obtenida con sus ahorros en depósitos a plazo fijo le parecía insuficiente, y sobre dicha manifestación le ofrecieron el Depósito Financiero Estructurado. Se está admitiendo así haber realizado una recomendación personalizada, pues la sola intención de incrementar la rentabilidad no equivale a la petición del producto complejo estructurado que finalmente se suscribió.

Disponía en aquel entonces el derogado art. 63.1.g) de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores (LMV), que se considerarán servicios de inversión “el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial”.

Corroborar la anterior conclusión lo declarado en S. T.S. 20.Ene.2014, de donde resulta que se produce asesoramiento en función de la vía en que el instrumento financiero es ofrecido al cliente, y siempre que se le presente el producto como conveniente y no esté divulgado exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público. Declara dicha resolución que “*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.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente 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" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas".

Por lo expuesto, resulta aplicable el art. 79 bis. 6 de la misma Ley, en su redacción entonces vigente, en cuya virtud 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.

2.- Incumplimiento del deber de practicar test de conveniencia.

Pese a resultar acreditado que se produjo asesoramiento, no puede olvidarse que incluso en el supuesto de que la entidad bancaria se hubiera limitado a prestar servicios de ejecución y transmisión de órdenes de inversión, sin asesoramiento, nos encontramos ante un producto complejo en los términos resultantes del art. 79 bis 8) de la ya citada LMV, destinado a un cliente minorista. Por todo lo cual, es de aplicación el art. 79 bis 7 LMV, en su redacción entonces vigente, en cuya virtud, cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Bien entendido que el test de conveniencia en cuestión deberá realizarse de forma válida y eficaz.

En el presente caso, ni se tiene por practicado test de conveniencia, ni se advirtió al cliente de que el producto no era conveniente a su perfil y circunstancias.

La parte demandada admite que el test de conveniencia, obrante al f. 73, se confeccionó en la oficina del Banco, y después se llevó al domicilio del demandante, donde se le presentó a la firma.

En plena coincidencia con la sentencia apelada, carece de credibilidad la versión de la testigo doña [REDACTED], sobre la forma de cumplimentar el test. Declara la testigo que confeccionó previamente el test en la oficina del Banco, rellenando las preguntas en la forma que consideró acertada respecto de ese cliente. Posteriormente, a preguntas aclaratorias del juez, manifiesta que rellenó las preguntas recabando previamente información del cliente. No se comprende cómo resulta compatible la amplia e intensa experiencia inversora que se atribuye al cliente (que se dice inversor durante 7 años y con frecuencia superior a 10 veces por año), con la descripción de la testigo de que el cliente sólo conocía depósitos a plazo fijo, los cuáles le parecían poco rentables, y que consultó en el Banco sobre la oportunidad de adquirir mayor rentabilidad por el sistema de ofrecer un préstamo personal a un conocido.

En todo caso, en cuanto al perfil del demandante, manifiesta carecer de estudios, así como de conocimientos financieros, hechos que no han sido negados por la demandada (art. 405.2 L.E.c.). Es incontrovertido que se dedica profesionalmente a la crianza de perros y cetrería. Manifiesta que sólo dispone de experiencia en cuentas corrientes y depósitos a plazo fijo, circunstancia plenamente coincidente con lo declarado por los testigos de la demandada.

En el test de conveniencia, a la pregunta de con qué productos está familiarizado, manifiesta que con “acciones”, circunstancia ahora irrelevante pues las acciones no son un producto complejo. Cabría suponer que las preguntas 5, 6 y 7, sobre conocimientos de los “productos anteriores”, y experiencia y frecuencia en los “productos arriba mencionados”, han de referirse a los productos señalados en el apartado 4, es decir, a las acciones. Lo que implica ausencia absoluta de experiencia en cualquier producto complejo.

Aunque quisiera extenderse el resultado de las preguntas del test a los productos complejos, no está probado que dispusiera de experiencia en ellos. Queda dicho que el sistema de confección del test anula su eficacia. Pero, además, las pretendidas inversiones de los siete años anteriores no habrían sido en la misma entidad bancaria, según admite la demandada, y ésta no ha propuesto prueba sobre un hecho introducido por ella en el debate. Es cierto que el Banco carecería de disponibilidad probatoria para acreditar anteriores inversiones del actor en otros Bancos (art. 217.7 L.E.c.), pero pudo y debió suplirla proponiendo, como medio de prueba, requerimiento al demandante para aportar otros productos bancarios suscritos, o bien información fiscal, o cualesquiera medios alternativos para justificar el hecho controvertido.

3.- Inexistencia de advertencia sobre la falta de conveniencia del producto.

Es incontrovertido que el Depósito Financiero Estructurado a Plazo no era conveniente para el demandante. Sin embargo, el Banco demandado no se lo advirtió así.

El test de conveniencia practicado sólo contiene las preguntas del cuestionario, pero carece de conclusión sobre la conveniencia del producto.

En las observaciones del contrato consta “Que el cliente reconoce haber sido informado por Banesto de que la contratación de este producto o servicio de inversión no se ajusta a sus conocimientos y experiencia financiera, habiéndome recomendado en consecuencia que no proceda a su contratación”. Se trata de una pura fórmula del todo

ineficaz a los efectos pretendidos, pues se encuentra enmascarada en un largo clausulado de redacción farragosa e incomprensible para el consumidor medio, que no está oportunamente destacada mediante recuadro o tipografía especial.

A mayor abundamiento, se incorpora a la documentación elaborada por el Banco una “Declaración del cliente”, unilateralmente preconfeccionada por la entidad, que alude a la firma de un producto complejo, con la denominación “Depósito Selección 25” (f. 187). Se ignora a qué corresponde esa denominación, aunque debe entenderse referida al producto litigioso vista su aportación como prueba documental con el escrito de contestación. En dicho documento se declara el producto conveniente al cliente, cuando dice que “Considero, tras recibir toda la información que he estimado necesaria y entender a mis satisfacción las características y riesgos del producto, que el mismo es adecuado para mi experiencia y objetivos de inversión”.

Las declaraciones testificales, que después se examinarán, carecen de eficacia probatoria en este aspecto (art. 376 L.E.c.), no sólo por las circunstancias de los testigos, sino igualmente porque difícilmente la mera manifestación del litigante, o de sus empleados, sirve a suplir la grave omisión que se examina.

4.- Información escrita proporcionada por el Banco.

La información escrita entregada con motivo de la celebración del contrato se limita al clausulado del propio contrato, y a la Declaración del Cliente ya mencionada.

El clausulado del contrato, por su propia configuración material, no es apto a cumplir el deber de información, pues sus caracteres tipográficos son de dimensiones inferiores a 1’5 mms. El art. 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al enunciar los “Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente”, impone en su apartado b) la “Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”.

En cuanto a su contenido, incluye un clausulado extenso con términos técnicos financieros, no comprensibles para el consumidor medio. La lectura de su texto no permite al cliente sin conocimientos especializados apercibirse de la naturaleza, funcionamiento y riesgos del producto.

La “Declaración del cliente”, contiene meras fórmulas estereotipadas. Se desconoce por qué se refiere al producto “Depósito Selección 25 Euros”.

Sobre las declaraciones de ciencia incluidas de modo automático y formulario en la documentación emitida por las entidades financieras es de recordar que el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, considera como cláusulas abusivas “las declaraciones de recepción o de conformidad con hechos ficticios”.

No se presentó al cliente ningún documento comprensible, gráfico o de otra naturaleza, ilustrativo sobre el funcionamiento del producto, que destacara especialmente los

posibles escenarios de materialización del riesgo de pérdidas, como finalmente se produjo.

5.- Información verbal.

La declaración de don Juan Antonio Prieto López, empleado del Banco, no se prestó en la condición de testigo, sino como interrogatorio de parte, quedando sujeta en su valoración a los arts. 316 y concordantes L.E.c. Manifiesta el compareciente que informó al actor de los riesgos de la operación, y que éste quedó enterado de su funcionamiento, especialmente del riesgo de pérdida. No se atribuye eficacia probatoria a esa manifestación, máxime cuando afecta al correcto desempeño del trabajo del propio declarante. No se comprende que don Juan Antonio atribuya al demandante experiencia inversora y conocimientos financieros, cuando admite que no tenía contratados otros productos de inversión con el Banco, y supone, sin constarle, que habría contratado con otras entidades. Manifiesta que no desaconsejó el producto al cliente, por no ser conveniente, y supone que se lo desaconsejaría doña Susana Borruey Martín.

La declaración de la testigo doña Susana Borruey Martín, empleada actualmente de la demandada, despliega una eficacia probatoria muy limitada, desde luego insuficiente por sí sola para justificar el cumplimiento del deber de información, considerando su relación con el Banco, así como la circunstancia de que los hechos declarados afectan al correcto desempeño de su propio trabajo (art. 376 L.E.c.). Relata que el actor no estaba satisfecho con la rentabilidad obtenida con los depósitos a plazo fijo, de donde parece deducirse que ese era el único producto contratado por el demandante. Que éste le consultó su propósito de conceder un préstamo personal a un conocido, para obtener los correspondientes beneficios, y que ella le ofertó el producto litigioso. Que le entregó folletos informativos, aunque no tomó acuse de recibo de esa entrega. Que explicó los riesgos del producto, incluyendo el riesgo de pérdida respecto del segundo tramo invertido.

No se comparte el razonamiento de la sentencia apelada que atribuye eficacia probatoria a la declaración de don [REDACTED]. Ante todo, no ha de valorarse como declaración testifical, sino como interrogatorio de parte. Es cierto, como dice la sentencia apelada, que don [REDACTED] ha de recordar especialmente los hechos por la estrecha relación de confianza que mantenía con el testigo, pero de ello no se infiere la exacta coincidencia de lo manifestado con la realidad. Máxime cuando don [REDACTED] no intervino en la totalidad del proceso de contratación, según admite en sus manifestaciones, pues en parte se asumió por doña [REDACTED]

Tras revisar las declaraciones de ambos empleados, se concluye que no sirven a demostrar el adecuado cumplimiento del deber de información. La única posibilidad en ese sentido, sería atribuirles una eficacia probatoria absoluta e incondicionada, que están muy lejos de alcanzar.

La sentencia apelada vincula la eficacia probatoria que atribuye a las anteriores declaraciones, a la actuación del cliente, por no haber formulado protesta al recibir la liquidación del primer tramo de la inversión, el 1 de Abril de 2011. Pero esa última actuación, u omisión, del demandante, sólo revela que conocía la diferenciación en dos tramos de lo invertido, y el distinto funcionamiento de uno y otro, pero no que fuera consciente de las concretas características y riesgos del segundo tramo, en concreto del riesgo de pérdida de lo invertido. Simplemente denota que era consciente del diferente

periodo de vencimiento de uno y otro tramo.

6.- Conclusión.

La carga de probar el adecuado cumplimiento del deber de información incumbe a la entidad demandada, con las consecuencias previstas en el art. 217.1 L.E.c. Valorando en conjunto los anteriores medios de prueba, se aprecia que el Banco desatendió de modo absoluto la cumplimentación de los test de idoneidad y de conveniencia, y entregó al cliente una documentación gravemente inadecuada a ilustrar el funcionamiento y los riesgos del producto, en especial el riesgo de pérdida del capital del segundo tramo. El clausulado del contrato resulta inútil para explicar al consumidor medio el funcionamiento del producto estructurado correspondiente al tramo segundo de la inversión. Se declara por todo ello incumplido el deber legal de información correspondiente al Banco.

QUINTO.- El error como vicio del consentimiento.

La carga de probar la concurrencia de error, como causa de anulación del contrato, en los términos del art. 1266 Cc., incumbe a la parte demandante. Queda dicho que el mero incumplimiento del deber legal de información que corresponde al Banco no determina la nulidad radical del contrato, por infracción de normas administrativas, y tampoco implica que necesariamente el cliente haya prestado el consentimiento contractual mediante error, pues puede tener conocimiento, por otras vías, de la naturaleza y riesgos del producto contratado, incluso tratándose de un producto complejo.

Ahora bien, el incumplimiento del deber de información del Banco sí permite presumir la concurrencia de un error esencial y excusable en la formación de voluntad del cliente, cuando el producto contratado es de naturaleza compleja, y aquél carece de los conocimientos financieros o la experiencia inversora necesarios para comprender las consecuencias, alcance y riesgos del negocio celebrado.

Sobre esa cuestión, tiene declarado el T.S. en S. 20.Ene.2014 que, *“por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero*

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.

Sobre la misma cuestión se pronuncia la S. TS 10.dic.2015 (692/2015), a cuyo tenor “10.- Hemos declarado también que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente ».

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le

impone el ordenamiento jurídico.

11.- No puede admitirse que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque los demandantes podían haberlo evitado con una diligencia regular o media, asesorándose debidamente sobre la naturaleza, características y riesgos de los contratos de swap que concertaba.

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

Tampoco puede aceptarse que la simple lectura de las cláusulas del contrato de swap fuera suficiente para que la demandante tuviera información adecuada sobre el producto cuya contratación se le ofrecía, puesto que se trata de contratos muy complejos, de difícil comprensión por quienes no sean profesionales del mercado de este tipo de productos derivados, y, como ya se ha explicado, los avisos de riesgos no advertían adecuadamente sobre la naturaleza y gravedad de los riesgos anudados al contrato”.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, se declara probado que el demandante, atendido su perfil y circunstancias personales, así como su absoluta falta de experiencia inversora, prestó su consentimiento a la celebración del contrato mediante error, esencial y excusable. Fundamentalmente, porque tratándose de un cliente minorista, con experiencia exclusiva en cuentas corriente y depósitos a plazo fijo, careciendo de conocimientos financieros, suscribió el producto con fundamento en el asesoramiento de empleados del Banco con los que mantenía una estrecha relación de confianza, sobre un clausulado contractual no acompañado de otra información escrita, viciado de falta de legibilidad y accesibilidad, de imposible comprensión para el consumidor medio, y sin recibir aclaración o información verbal complementaria, atinente a un producto no conveniente a su perfil sin ser advertido al efecto, y sin posibilidad de conocer el riesgo de pérdida del capital invertido en el segundo tramo.

SEXTO.- Consecuencias de la anulación del contrato.

Tal como se argumenta en el recurso, la acción de anulación ejercitada en la demanda se refiere a la totalidad del contrato celebrado el 23 de Marzo de 2010, con los efectos previstos en el art. 1303 Cc..

Precisamente por ello, no puede acogerse la pretensión de condena de la demandada al pago de cincuenta mil euros, como cantidad invertida aplicada al segundo tramo del producto, e incrementada en los intereses legales.

La determinación de los efectos de la anulación está presidida por la idea de restituir

a los contratantes a la situación patrimonial inmediatamente anterior a la celebración del contrato, mediante la íntegra y recíproca restitución de las prestaciones respectivamente recibidas. Respecto del primer tramo del contrato, referido a la suma de 150.000 €, que ya fueron reintegrados al cliente en fecha 1 de Abril de 2011 (f. 188), el actor deberá restituir al Banco el interés obtenido como remuneración, del 5'531%, una vez descontado el interés legal devengado durante el tiempo de vigencia de la inversión. En cuanto al segundo tramo del producto, el Banco deberá restituir la cantidad invertida de 50.000 €, con el interés legal devengado durante la vigencia de la inversión, en tanto que el cliente deberá reintegrar las acciones de Banco Popular obtenidas o el precio obtenido de su venta, así como las remuneraciones percibidas, más los respectivos intereses legales.

SÉPTIMO.- Costas.

Estimando el recurso de apelación, con la consiguiente estimación parcial de la demanda por razón de la sustancial reducción operada en la pretensión de condena dineraria, no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en ninguna de las dos instancias, de conformidad con los arts. 394 y 398 L.E.c.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. EL REY

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Lázaro Gogorza en representación de don José, contra la sentencia dictada en autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 81 de Madrid, bajo el número 1585 de 2015, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución, dejando sin efecto sus pronunciamientos, y acordando en su lugar estimar parcialmente la demanda presentada por el ahora apelante contra Banco Santander, S.A., representado por el Procurador Sr. Codes Feijoo, declarando la nulidad del contrato Financiero a Plazo celebrado por las partes el 23 de Marzo de 2010, con las consecuencias previstas en el fundamento sexto de la presente resolución, sin hacer expresa condena en el pago de las costas causadas en ambas instancias.

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

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la**

entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o “buzón” del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: **«2649-0000-00-0143-17»** excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

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

En Madrid, a 18 de septiembre de 2017.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.