



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)  
Las Palmas de Gran Canaria  
Teléfono:  
Fax.:  
Email:

Rollo: Recurso de apelación  
Nº Rollo: 0000270/2015  
NIG: 3501642120140002960  
Resolución: Sentencia 000249/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:  
0000122/2014-00  
Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Las Palmas de  
Gran Canaria

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Testigo			
Testigo			
Testigo Apelado	BANCO DE SANTANDER S.A.		Francisco Javier Perez Almeida
Apelante			Elisa Colina Naranjo
Apelante			Elisa Colina Naranjo

## SENTENCIA

Iltrmos. Sres.

Presidente:

Don Juan José Cobo Plana

Magistrados:

Doña María Elena Corral Losada

Don Jesús Ángel Suárez Ramos (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 6 de julio de 2016.

La AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN CUARTA, ha visto el **Recurso de Apelación 270/15**, interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 11 DE LAS PALMAS de 30 de enero de 2.015 en el **Juicio Ordinario 122/14**.

**Apelantes-demandantes:** doña \_\_\_\_\_ y doña \_\_\_\_\_, representadas por el procurador doña Elisa Colina Naranjo y defendidas por el letrado don Aurelio Moreno Espuela.

**Apelado-demandado:** BANCO SANTANDER, SA, representado por el procurador don Francisco Javier Pérez Almeida y defendido por el letrado don Íñigo García-Atance Prieto.

## ANTECEDENTES DE HECHO





### **PRIMERO. La Sentencia de Primera Instancia (f. 1.460-1.480)**

El fallo de la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 11 DE LAS PALMAS de 30 de enero de 2.015 en el **Juicio Ordinario 122/14** dice: "DESESTIMAR la demanda interpuesta por

, contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A."; en virtud de lo cual, debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra. Y ello con expresa condena en costas a la parte demandante".

### **SEGUNDO. Recurso de apelación (f. 1.488-1.509)**

Doña \_\_\_\_\_ y doña \_\_\_\_\_ interpusieron recurso de apelación el 9 de marzo de 2.015, en el que interesan revoque la sentencia de instancia y se resuelva la estimación íntegra de la demanda interpuesta por mis mandantes frente a BANCO SANTANDER, SA, todo ello con expresa condena a la adversa al pago de las costas causadas en la primera instancia.

### **TERCERO. Oposición (f. 1.524-1.551)**

BANCO SANTANDER, SA se opuso al recurso de contrario en escrito presentado el 9 de marzo de 2.015.

### **CUARTO. Vista, votación y fallo**

No habiéndose solicitado prueba, se señaló para estudio, votación y fallo el día 23 de junio de 2016. Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho. Es ponente de la sentencia el Ilmo. Sr. Don Jesús Ángel Suárez Ramos, que expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. La resolución impugnada y el recurso de apelación.**

Doña \_\_\_\_\_ y doña \_\_\_\_\_ demandaron a BANCO SANTANDER, SA y solicitaban:

- a. La nulidad de los Contratos de Producto Estructurado Tridente de 4 de junio de 2.009 (f. 1.172-1.182 y 1.183-1.193), por vicio en el consentimiento derivado de información defectuosa.
- b. Nulidad de los contratos de préstamo y pignoración de esos productos (f. 113-168), por estar vinculados causalmente y ser consecuencia de aquellos.
- c. Restitución de las 500.000€ que invirtió cada una de las actoras, más los intereses pagados por los préstamos, gastos bancarios y notariales y comisiones, descontando los intereses que hubieren percibido.

Pretensiones que desestima la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 11 DE LAS PALMAS de 30 de enero de 2.015 en el **Juicio Ordinario 122/14**.

Doña \_\_\_\_\_ y doña \_\_\_\_\_ recurren en apelación solicitando la íntegra estimación de la demanda. Se fundamenta el recurso, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

1. La sentencia se aparta de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las obligaciones de los bancos como prestadores de servicios de inversión. Errónea valoración de las circunstancias que rodean la prestación de servicios de inversión.





2. Las pretensiones subsidiarias de nulidad por incumplimiento de la normativa de consumidores vulneran la Jurisprudencia al respecto.
3. La nulidad de los contratos financieros da lugar a la nulidad de los contratos de financiación, que están vinculados con un nexo funcional.

BANCO SANTANDER, SA se opone al recurso y pide la confirmación de la sentencia.

## **SEGUNDO. Asesoramiento en productos financieros y test de idoneidad**

El producto financiero adquirido por las hermanas demandantes (Producto Estructurado Tridente) es complejo. Figuran en autos los tests de idoneidad realizados con fecha 27 de mayo de 2.009 (f. 1.265-1.268).

Recordamos la *“diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 del RD 217/2008”*, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 7 de julio de 2014, Sentencia: 384/2014, Recurso: 892/2012.

Los que figuran en la causa se refieren a la *valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones)*, en las preguntas 1 a 7; también *su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad)*, en las preguntas 8 a 11. Se trata, por tanto, del test de idoneidad que realiza el Banco y presupone la existencia de un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras.

En su respuesta, ambas eligen el perfil de inversor “moderado” (f. 1.266 y 1.268), que prefiere “obtener la máxima rentabilidad posible aunque tenga que arriesgar una pequeña parte del capital invertido”. A diferencia del perfil de inversor “dinámico” que podría admitir temporalmente “más de un 10% de pérdida”.

El resultado de su inversión de 500.000€ es que reciben la suma de 204.446,66€ (f. 1.454-1.456). Lo que supone una pérdida, que la sentencia cifra en que reciben el 40,8893% de lo invertido.

La cuestión es si la recomendación personalizada de esos productos estuvo acompañada de la información necesaria sobre los riesgos de la operación, que hemos visto que fue muy negativa para los inversionistas. Y si tuvo en cuenta el resultado del test de idoneidad.

## **TERCERO. Información adecuada y asunción de riesgos**





Establecido que entre las partes existe una prestación de asesoramiento en servicios de inversión y que los clientes eligen un perfil de inversor moderado, debemos examinar si la información suministrada por el Banco fue la exigida legalmente.

La sentencia apelada analiza en profundidad el asunto, y entiende que no existía error en el consentimiento, porque: (i) Su perfil no era el afirmado en la demanda, pues su familia tiene un grupo empresarial muy importante, estudios empresariales y su padre, que era experto financiero, tomaba las decisiones; (ii) conocían el producto porque habían firmado otros similares en el año 2.006, que habían cancelado anticipadamente por pérdidas, reestructurándolo para firmar los que son objeto de este juicio; (iii) recibieron información por los empleados de BANCO SANTANDER, SA, a través de su padre, que era la persona que tomaba las decisiones después; (iv) la entidad demandada hizo una presentación del producto y realizó el test de idoneidad; (v) las demandantes tienen formación comercial y financiera y han sido titulares de acciones, por lo que conocen su evolución en el mercado secundario.

La Jurisprudencia reciente, sin embargo, es aún más exigente en el cumplimiento de los deberes de información:

- a. Para acreditarlo no es suficiente el propio contenido de los contratos, ni que sean claros, en tanto recogen formulas preestablecidas por las que el cliente manifiesta haber recibido la información suficiente sobre los riesgos, y haber tomado la decisión. *“[E]n casos como el presente de adquisición de productos complejos, no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente [...] la imposición de estos deberes de suministrar al cliente inversor no profesional 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 inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 3 de febrero de 2016, Sentencia: 21/2016, Recurso: 1454/2015.*
- b. La información debe tener en cuenta el perfil inversor que elige el cliente, que no lo determina el banco, aunque haya realizado otras inversiones anteriores. *“De estos hechos no se puede extraer el perfil de inversor de riesgo, y además se contradice con el test de idoneidad que el banco realizó al cliente, con posterioridad, en el que el Sr. Adolfo se consideraba un inversor conservador”, sentencia citada.*
- c. Tener un gran patrimonio, propio o familiar, o haber hecho inversiones anteriores no convierte a los clientes en inversores expertos. *“El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2016, Sentencia: 102/2016, Recurso: 2578/2013.*
- d. Ni siquiera la contratación anterior de productos idénticos implica que tengan información suficiente sobre ellos. *“Esta presunción no queda contradicha por la circunstancia de que en el caso del Sr. hubiera contratado dos productos estructurados tridente, uno en el año 2005 y otro posterior en el 2007, pues ambos son objeto de la*





*acción de nulidad, y el hecho de que no se hubieran actualizado los posibles riesgos de pérdida de la inversión en el caso del primer contrato, explica que se contratara el segundo sin conciencia de aquellos riesgos”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 12 de enero de 2015, Sentencia: 769/2014, Recurso: 2290/2012.*

Esta información, por último, ha de facilitarse a los clientes del banco, que son los que contratan con él. Y no puede excusarse en la participación del padre de las actoras, que no es parte en el contrato, ni tiene poderes para obligarse en nombre de ellas. Y que tampoco se ha acreditado que tenga la cualificación de inversor profesional o experto financiero, ya que *“la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos”, sentencia citada.*

El recurso debe ser estimado, porque no se ha probado que la información suministrada por BANCO SANTANDER, SA fuese *“información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación ... Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente”, sentencia citada.*

Observamos una evidente discrepancia entre el perfil inversor elegido por los demandantes y el producto que recomendó BANCO SANTANDER, SA. El producto dice “tiene plena exposición a los activos subyacentes y el Titular puede perder el capital invertido...es preciso que el Titular tenga un juicio fundado sobre el riesgo de su apuesta y sobre las expectativas de evolución de los activos subyacentes” (f. 1.181). Lo que sería adecuado para un inversor “dinámico”, en la propia terminología de la entidad bancaria. No para el inversor “moderado”.

De forma que, o la información que se suministró de manera verbal no resaltaba suficientemente el riesgo de la inversión (en contradicción con el documento), o los empleados de la entidad demandada verificaron el test de idoneidad como una mera formalidad y no lo tuvieron en cuenta cuando realizaron esta recomendación personalizada.

El acogimiento de la alegación (1) hace innecesario el examen de la (2), otras causas subsidiarias de nulidad por incumplimiento de la normativa de protección de consumidores. Y da lugar a la nulidad de los contratos de préstamo y pignoración de esos productos, dado que su causa era únicamente la financiación de esas operaciones, a las que está íntimamente ligada.

#### **CUARTO. Costas y depósito**

Las costas de la apelación estimada, por imperativo del artículo 398, no se impondrán a ninguno de los litigantes.

Asimismo, procede acordar la devolución total del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica 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.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y de pertinente aplicación, en nombre del Rey

**FALLAMOS**





I. Estimar el recurso de apelación interpuesto por doña \_\_\_\_\_ y doña \_\_\_\_\_, revocando la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 11 DE LAS PALMAS de 30 de enero de 2.015 en el **Juicio Ordinario 122/14**.

II. Que estimando la demanda interpuesta por doña \_\_\_\_\_ y doña \_\_\_\_\_ contra BANCO SANTANDER, SA:

- a. Declaramos la nulidad de los Contratos de Producto Estructurado Tridente de 4 de junio de 2.009 (f. 1.172-1.182 y 1.183-1.193).
- b. Declaramos la nulidad de los contratos de préstamo y pignoración de esos productos (f. 113-168), por estar vinculados causalmente y ser consecuencia de aquellos.
- c. Condenamos a BANCO SANTANDER, SA a la restitución de los 500.000€ que invirtió cada una de las actoras, más los intereses pagados en los préstamos vinculados, más los gastos bancarios y notariales y comisiones, descontando los intereses que hubiesen percibido las apelantes. Más los intereses legales de dichas cantidades desde la interposición de la demanda.
- d. **Condenar a BANCO SANTANDER, SA al pago de las costas de la primera instancia.**

**III.** No imponer costas en esta alzada a ninguna de las partes, con devolución de la totalidad del depósito constituido.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

Al tiempo de interponerse cualquiera de ambos recursos será precisa, bajo perjuicio de no darse trámite, la constitución de un depósito de cincuenta euros, por cada uno de ellos, debiéndose consignar en la oportuna entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre de este Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

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

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

**PUBLICACIÓN:** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha. Certifico.

