

Roj: **SAP V 191/2017 - ECLI:ES:APV:2017:191**Id Cendoj: **46250370082017100001**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Valencia**Sección: **8**Fecha: **19/04/2017**Nº de Recurso: **939/2016**Nº de Resolución: **97/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA FE ORTEGA MIFSUD**Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 939/16

**SENTENCIA Nº 000097/2017**

SECCION OCTAVA

=====

Il'tmos/as. Sres/as.:

**Presidente**

D. EUGENIO SÁNCHEZ ALCARAZ

**Magistradas**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> FE ORTEGA MIFSUDD<sup>a</sup>. ALICIA AMER MARTÍN

=====

En la ciudad de VALENCIA, a diecinueve de abril de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente al Ilma Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> FE ORTEGA MIFSUD, los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 21 de Valencia, con el nº 001542/2015, por AUGE (ASOCIACION DE **CONSUMIDORES** Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES) representado en esta alzada por el Procurador D. D. JAVIER BLASCO MATEU y dirigido por el Letrado D.D. JUAN JOSÉ ORTEGA GARCÍA contra BANCO SANTANDER, S.A. representado en esta alzada por el Procurador D.D<sup>a</sup>. ISABEL DOMINGO BOLUDA y dirigido por el Letrado D.D. SERGIO SÁNCHEZ GIMENO, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. BANCO SANTANDER SA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1<sup>a</sup> Instancia nº 21 de Valencia, en fecha 25 de Julio de 2016 , contiene el siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la entidad AUGE, representando a D. Santiago , representados por el Procurador D. Francisco Javier Blanco Mateu, contra la mercantil "Banco de Santander, SA", representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Isabel Domingo Boluda, debo declarar la nulidad de los contratos de adquisición de Valores Santander de 26 de septiembre de 2007, celebrados entre el demandante y demandada por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento, ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato, por tanto condeno a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 230.000.- euros en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fecha de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por el actor como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, caso de que se hayan producido, así como las acciones convertidas al vencimiento y cualesquiera otra que procedan de



su titularidad por ampliación de capital u otro cualquier supuesto; y con imposición de costas a la parte demandada."

**SEGUNDO** .- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO SANTANDER SA, que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 5 de Abril de 2017.

**TERCERO** .- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Asociación de **Consumidores** y Usuarios de Servicios Generales (en adelante AUGE), formuló demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. y con fundamento en los siguientes hechos expuestos en síntesis. La demandante actúa en interés de uno de sus asociados D. Santiago y ejercita la acción de nulidad de la compraventa de Valores Santander efectuada el 26 de septiembre de 2007, por vicio en el consentimiento, procediéndose a la restitución de las prestaciones, debiendo abonar la demandada la cantidad de 230.000 euros o subsidiariamente la responsabilidad por incumplimiento contractual derivada de la falta de información en la compra de dichos valores e indemnización de daños y perjuicios. Alega la demandante que con fecha 26 de septiembre de 2007, suscribió con el demandado y por consejo de sus empleados, lo que creía era un producto seguro y sin riesgo asimilado a un depósito por una cantidad de 230.000 euros, de hecho el producto era calificado por el banco como "amarillo", por lo que se supone que queda garantizado el capital. No se le entregó documentación alguna y se le ha facilitado mucho después, llamando la atención que el banco consciente de ello, le haga firmar una manifestación de interés sobre el folleto aprobado, lo que es una prueba de que o bien se le vendió el producto antes de la aprobación del folleto o se le vendió sin él. Se vendió como un producto amarillo cuando debió calificarse de rojo, ya que se corría el riesgo de pérdida de capital. Es más la CNMV por este motivo ha impuesto dos sanciones al Banco Santander. En el año 2012 al demandante se le convirtieron los valores en acciones y es en ese momento cuando es consciente de no recuperar la inversión. Tampoco se le informó que los Valores se convertían en acciones. En el manual de procedimientos se prohíbe la venta de productos rojos a minoristas, ya que no figura rellenado de forma manuscrita ni firmado el anexo 2 del citado manual. Los Valores Santander son bonos necesariamente convertibles en acciones con un vencimiento a 5 años, calificado por la CNMV como un producto complejo y novedoso, sin embargo fueron comercializados como un producto de renta fija y sin riesgos. Sin embargo los riesgos asociados son: riesgo de la no percepción de la remuneración, riesgo de remuneración variable, riesgo de amortización anticipada, y de no producirse esta, los titulares de los valores adquirirán acciones del Banco Santander con ocasión del canje. Los Valores serán canjeables de forma voluntaria u obligatoria por obligaciones necesariamente convertibles, riesgo de mercado y carácter subordinado. En la información previa a la contratación se deben resaltar suficientemente los riesgos inherentes de forma que evite una incorrecta interpretación. El folleto se debe entregar con la suficiente antelación para poder entender cada uno de los riesgos. El Sr. Santiago es inversor minorista y no tiene relación con los mercados financieros por lo que la entidad debía cumplir con sus obligaciones de información, diligencia y transparencia. Banco Santander se opuso a la demanda en los siguientes términos. Alegó la falta de legitimación activa porque AUGE no es titular de la relación jurídico litigiosa, ni está habilitada para ejercitar acciones de los particulares intereses de un asociado. Las acciones tuitivas ejercitadas en la demanda son acciones de intereses individuales y que solo pueden ser ejercitadas por D. Santiago ( artículo 11 de la ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ). Las asociaciones de **consumidores** están legalmente habilitadas para defender en juicio los intereses de sus asociados en cuanto asociados (intereses comunes del colectivo), pero no cualquier interés particular. El planteamiento de AUGE otorgaría a las asociaciones legitimación para ejercitar cualquier acción que correspondiere a sus asociados con independencia de su naturaleza, beneficiándose el asociado de la justicia gratuita, de la exención en el pago de tasas o no abono de las eventuales costas. La invocación de la normativa de **consumidores** es artificial por que no se ejercita ninguna de las acciones allí reguladas. El 26 de septiembre de 2007, D. Santiago suscribe dos órdenes de compra. La suscripción de valores Santander se produjo tras haber sido informado de las características y riesgos del producto, pues antes se le entregó el tríptico y se le puso a disposición el folleto informativo. Estuvo percibiendo durante 8 años los rendimientos sin queja alguna, y lo que ocurrió es que sin culpa del demandado, las acciones Santander en que se convirtieron los valores en octubre de 2012 descendieron. En la demanda se silencia que el Sr. Santiago es un empresario de reconocido prestigio en Talavera de la Reina, y antes de esta contratación había realizado numerosas inversiones de igual o mayor riesgo y con un legítimo ánimo especulativo. El Sr. Santiago dirige un conglomerado empresarial, llegó a ser premiado por la Asociación de Promotores Inmobiliarios de Toledo y en Talavera de la Reina se bautizó un polígono industrial con su nombre. Banco Santander en octubre de 2007 no estaba obligado a realizar ni el test de idoneidad ni de conveniencia



ni a clasificar a sus clientes. Los valores Santander eran un producto similar económicamente a la compra de acciones. La demandada cumplió con toda la legislación vigente y la calificación de los valores Santander como producto amarillo está contenido en la nota de valores registrada, aprobada y publicada por la CNMV. En septiembre de 2007 por personal del banco se informó al Sr. Santiago de la posibilidad de invertir en un producto que entonces se estaba preparando, los valores Santander y manifestó su interés haciendo una reserva no vinculante de 180.000 euros y por eso firmó la manifestación de interés y allí se decía que eran convertibles en acciones y una vez aprobado el folleto y el tríptico, el Sr. Santiago recibió información exacta y veraz respecto de la naturaleza, características y riesgos de la inversión y sí que aparece en la orden de compra. No ha existido asesoramiento por parte de la demandada. El descenso en la cotización de la acción es lo que ha impulsado a la actora a formular la demanda y lo que se pretende es desplazar sobre el banco el riesgo propio de una inversión en renta variable. La sentencia de instancia estimó la demanda y contra dicha resolución formula recurso de apelación Banco Santander S.A..

**SEGUNDO** .- La parte apelante alega como primer motivo del recurso la falta de legitimación activa por parte de la actora para el ejercicio de acciones individuales, no existiendo ningún interés colectivo en juego. Examinadas las actuaciones, la Sala coincide con la parte apelante en la falta de legitimación activa por parte de AUGE para el ejercicio de acción individual en defensa de los intereses del Sr. Santiago y ello por lo que a continuación se expone. La legitimación constituye, con carácter general y para la teoría general del derecho, una condición subjetiva para la eficacia de un acto jurídico, siendo, como dicen algunos autores, la específica situación jurídico material en que se encuentra un sujeto, o una pluralidad de ellos, en relación con lo que constituye el objeto de un determinado proceso, indicándonos en cada caso quienes son los titulares de la relación material que se discute en él mismo. En el art 10 de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil se regula por primera vez en el derecho procesal español con carácter general la legitimación, determinándose en este precepto que se encuentran legitimados para ser parte en un proceso aquéllos que son los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, reconociendo en su párrafo segundo este precepto una legitimación extraordinaria a personas distintas del titular de la relación jurídica en concretos supuestos especialmente previstos en la Ley, en los que se permite actuar en un proceso como demandante a quien, aún afirmando no ser titular de la relación objeto del proceso, sin embargo afirma ser titular de un derecho cuya tutela la Ley le permite aún litigando por un derecho o interés ajeno. Ciertamente el problema de la legitimación procesal adquiere especial importancia cuando quien demanda en un procedimiento manifiesta que actúa por un derecho ajeno, ya que este tipo de legitimación extraordinaria, como excepción a la regla de la legitimación ordinaria, requiere una expresa ley que reconozca tal legitimación. En nuestro sistema procesal civil el derecho que el artículo 24.1 de la Constitución Española atribuye a todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión, excluye la posibilidad de instar la tutela de derechos e intereses ajenos fuera de los supuestos singulares previstos en los artículos 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la protección de intereses difusos. La cuestión que debemos resolver estriba en determinar si el contenido del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce legitimación en este caso a la Asociación de **Consumidores** y Usuarios de Servicios Generales para entablar las acciones antes mencionadas en interés de uno de sus asociados. Dicho precepto establece que "Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de **consumidores** y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los **consumidores** y usuarios". El contenido del precepto parece que incluye la legitimación de las asociaciones de **consumidores** y usuarios para defender en juicio los intereses incluso individuales de sus asociados. Sin embargo no hay coincidencia con el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que "Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción", que parece referirse a la legitimación de las corporaciones y asociaciones para la defensa únicamente de intereses colectivos. Por la conjunción de ambos preceptos y por la prevalencia de la ley orgánica sobre la ordinaria se llega a la conclusión que la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 11 regula la legitimación para la defensa de los intereses colectivos o difusos de los **consumidores** y usuarios. Además la STS de 24 de noviembre de 2005 dice que: No se infringe el art. 7.3 LOPJ, que regula una modalidad de sustitución procesal, porque lo que se pretende en la demanda no es proteger un interés colectivo, en el sentido al que se refiere la norma de interés respecto del que cada uno de los interesados es titular, o de intereses comunes convergentes, sino una pluralidad de intereses individuales homogéneos, es decir, aquellos cuya tutela puede hacerse desde un planteamiento individual, aunque se encuentren en una situación similar una pluralidad de personas. Abunda en la inaplicabilidad del art. 7.3 LOPJ que la problemática de cada Agente se halla condicionada por su respectiva situación contractual; así como la vaguedad e impropiedad del "petitum" donde se solicitan condenas cuya prosperabilidad, y no sólo la cuantificación, requiere tomar



en cuenta las circunstancias específicas de cada caso individual, o se piden reconocimientos de facultades jurídicas, como la de resolución contractual, que no corresponde reservar a los tribunales; a todo lo que, por último, debe añadirse que la existencia de una pluralidad de personas interesadas no supone en el caso ningún problema para la defensa de sus legítimos derechos e intereses, cuya circunstancia fue precisamente la que se tomó en cuenta por los tribunales, en ocasiones de dificultad, a fin de evitar la indefensión, para adoptar una interpretación flexible o amplia de la norma del art. 7.3 LOPJ en relación con comunidades o grupos de afectados ( SS. 16 marzo y 27 julio 1994, y Sala 2ª 26 sept. 1997, entre otras). De todo lo expuesto se concluye en que existe falta de legitimación activa de AUGÉ porque no se demanda un interés colectivo sino uno particular de una persona que forma parte de la asociación lo que entendemos esta fuera del espíritu y finalidad de los artículos antes citados.

**TERCERO.**- A mayor abundamiento y aún admitiendo a efectos meramente dialecticos la legitimación de la demandante, el recurso se estimaría por la inexistencia de error en el Sr. Santiago , procediendo analizar el conocimiento y experiencia que en materia financiera pudiera tener D. Santiago que fue quien contrató la adquisición de los "Valores Santander " , así como el carácter o perfil inversor del mismo. Centrándonos fundamentalmente en la prueba documental aportada, se encuentra acreditado: El Sr. Santiago ostenta 19 cargos activos en 5 empresas. Que adquirió títulos o valores del Banco Santander además de los que ahora son objeto del procedimiento, consistiendo estos en: Santander Emergentes Europa FI, Santander acciones españolas Clase A, Santander Selección Japón FI, acciones del Banco de Santander, Santander Memoria 4FI, Santander dividendo Europa Clase A, Santander Carteras Garantizado 2FI, Santander Estrategia Inflación Plus FI, Santander Top 25 Europe FI, Santander Tesorería Plus FI, Santander Renta Fija Corporativa FI, Contrato de opción sobre divisa, Contrato de producto estructurado Tridente por importe de 994.000 euros, obligaciones autopista Atlántico, obligaciones de Aumar y acciones de otras muchas empresas. Esto pone de manifiesto que el Sr. Santiago tenía conocimiento suficiente para comprender el alcance del contrato de adquisición de "Valores Santander " , pues las mismas revelan que, realizaba operaciones financieras de riesgo e incluso algunos de los mencionados son de alto riesgo y por cuantías importantes; de ello puede deducirse lógicamente un cierto conocimiento y experiencia en la realización de operaciones de inversión, que además por su entidad y características corroboran el carácter de inversor. En el presente no resulta de aplicación el artículo 79 bis. 8, de la Ley del Mercado de Valores porque fue añadido por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, es decir, de fecha posterior a la emisión de los "Valores Santander", por lo que, teniendo en cuenta el principio general de irretroactividad sancionado en el artículo 2.3 del Código Civil , el contenido del mismo no puede servir de base a efectos de catalogar la complejidad o no del indicado producto financiero. La emisión de los "Valores Santander", según el tríptico de condiciones, se realizó en el marco de una oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de la entidad financiera ABN Amro Holding. Durante los meses de junio y julio de 2007 se formó un consorcio bancario entre las entidades Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortio para adquirir la entidad financiera ABN Amro. Para financiar la parte de la contraprestación de la OPA (oferta pública de adquisición) que debía aportar el Banco Santander, se efectuó el día 4 de octubre de 2007 por Santander Emisora 140 S.A. Unipersonal, íntegramente participada por Banco Santander S.A., una emisión de valores por importe total de 7.000.000.000 euros, dividido en un millón cuatrocientos mil valores, con cinco mil euros de valor nominal unitario, emitidos a la par, esto es, por su valor nominal, garantizando el Banco Santander S.A. la emisión. Los valores tenían diferentes características en función de si el consorcio llegaba o no a adquirir ABN Amro mediante la OPA, estando ligados al resultado de dicha operación, de forma que, si llegado el día 27 de julio de 2008, no se adquiría dicho banco, los valores serían un valor de renta fija con vencimiento a un año con una remuneración al fijo de 7,30 % nominal anual (7,50 % TAE), sobre el valor nominal de los valores y serían amortizados en efectivo con reembolso de su valor nominal y la remuneración devengada se pagaría antes del 4 de octubre de 2008. Si antes del 27 de julio de 2008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA, como así ocurrió, Banco Santander S.A. estaba obligado a emitir obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008. Los valores se canjearían por obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones). En caso de emitirse estas obligaciones, los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles y éstas, a su vez, eran obligatoriamente convertibles en acciones de la nueva emisión del banco, de manera que en ningún caso se produciría el reembolso en metálico. Cada vez que se producía un canje de valores, las obligaciones necesariamente convertibles que recibieran los titulares de los valores canjeados serían automáticamente convertidas en acciones del Banco Santander. El canje podía ser voluntario u obligatorio. Desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración, la sociedad emisora decidía si pagaba la remuneración correspondiente a ese periodo a si abría un periodo de canje voluntario. El tipo de interés al que se devengaba la remuneración desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles y hasta el 4 de octubre de 2008, sería del 7,30 % nominal anual sobre el valor nominal de los valores y a partir de 4



de octubre de 2008, el tipo de interés nominal anual al que se devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería el Euribor más 2.75 %, pagadero trimestralmente hasta su necesaria conversión. Una vez emitidas las obligaciones necesariamente convertibles, el rango de los valores es el de valores subordinados, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados de la entidad emisora, obligándose ésta a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid. Los valores convertibles ciertamente no tenían el capital garantizado, pero su adquisición era económicamente similar a la compra de acciones ya que estaban llamados a convertirse automáticamente en acciones a una fecha determinada, retribuyéndose a un interés fijo hasta que se produjese la conversión. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones y, con ello, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad aunque atenuado por los intereses que a cambio recibía.

En todo caso, se trataba de un producto líquido, es decir podía ser vendido y adquirido en cualquier momento a precio de mercado al estar admitido a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid, y tenían la solvencia del Banco Santander y la adicional de La Caixa respecto al 10 % del total de la emisión. La complejidad de este producto no se encuentra en su funcionamiento sino, en su caso, en el hecho de que la emisión termina convirtiéndose en acciones del Banco Santander, sociedad cotizada que opera en bolsa, de manera que el carácter complejo, entendido como de riesgo, surge porque una vez asegurada la rentabilidad fija en el primer año y variable en los demás, lo que termina adquiriendo el inversor son acciones de la emisora, sin que pueda desconocer que el valor de la cotización de las acciones de cualquier mercantil está sometido a los riesgos de volatilidad del mercado. Respecto a la normativa aplicable en el sector bancario en el momento de la contratación y en relación con el deber de información, ha de partirse de que no resulta aplicable al caso ni la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la del Mercado de Valores, ni el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que son las normas que transpusieron en España la normativa MIFID por haber entrado en vigor con posterioridad a la suscripción de los Valores Santander con fecha 26 de septiembre de 2007, por lo que la demandada no estaba obligada a efectuar una valoración del perfil del adquirente. La normativa MIFID entra en vigor en España el 21 de diciembre de 2007, a partir de que la Ley de Mercado de Valores introduce en su articulado las novedades de la Directiva MIFID 2006/73 y 2004/39, mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre, estableciéndose además en su Disposición Transitoria 1.ª, un plazo de seis meses para que las entidades financieras pudieran adaptarse a las obligaciones que incorporaba, por lo que no era de obligatoria observancia hasta el día 21 de junio de 2008. Tampoco pueden aplicarse sus prescripciones aunque el plazo para su transposición venciera el 31 de enero de 2007 porque, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sólo cabe su aplicación directa para las relaciones llamadas verticales (particular frente a Estado), pero no en las relaciones horizontales (particulares entre sí). En cuanto al deber de información en relación con el error vicio, señala la sentencia referida STS de 20 de enero de 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. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las preferentes y subordinadas contratadas 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". "De este modo", continúa diciendo nuestro TS en la citada sentencia que, "el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar 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 minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la Entidad Financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, 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". Finalmente, en lo que a las consecuencias del incumplimiento de los test adecuación e idoneidad se refiere, declara la STS Sala 1ª Pleno citada que "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 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 el presente caso y en la orden de adquisición, que aparece debidamente firmada por D. Santiago, se consigna literalmente lo siguiente: "el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla "Importe Solicitado". Y en el "Tríptico de Condiciones de Emisión de los Valores Santander" se consignan, entre otros, los datos de la emisión y sus características. Por tanto, claramente resulta que una lectura del contenido del tríptico, permite comprender la naturaleza y características de funcionamiento del producto "Valores Santander", así como, no sólo de los beneficios de remuneración en los diversos periodos, sino también del riesgo final derivado de su adquisición, que no era otro que el propio de la adquisición de acciones, y muy en particular que no se estaba en presencia de un depósito a plazo porque el reembolso de la inversión más la retribución sólo cabía en el caso de que no prosperara OPA. En cuanto al error vicio, señala la citada STS de 20 de enero de 2014, que "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos. En primer término, 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. El artículo 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, ésto es, sobre el objeto o materia propia del contrato. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de



que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error. Por otro lado, 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. "Es evidente, que para la apreciación del error, debe tenerse en cuenta las condiciones personales del sujeto que lo sufre especialmente ante el tipo de contratación que contemplamos. Se hace necesario, por lo tanto, tener en cuenta, sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, respecto de las obligaciones de la entidad financiera, los particulares circunstancias personales que concurren en el cliente, y ello efectos de comprobar si el error, en atención a sus circunstancias, pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero, sin olvidar, como en la citada sentencia de 14 de febrero de 1994 esa condición de la persona, que en principio, se atiene a los principios de buena fe, que rigen todas las relaciones contractuales, también la condición de la otra parte contratante, cuando el error puede ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de esta, es decir, de la entidad financiera. Por tanto, en aplicación de la precedente doctrina jurisprudencial y en función de las anteriores consideraciones, si el producto financiero "Valores Santander " y que D. Santiago suscribió la orden de adquisición por un importe nominal de 230.000 euros -, tenía un perfil inversor moderado y experiencia en la contratación de productos financieros con riesgos similares, o incluso con riesgos mayores - por lo que tal producto, calificado de "Amarillo " era apto para su ofrecimiento a personas con tal perfil inversor -; y si dispuso antes de la contratación de la suficiente información en términos aptos para comprender las características y funcionamiento del producto así como los riesgos que pudieran derivarse de contratación, no puede admitirse ni la existencia de error esencial por su parte ni menos su carácter de excusable. Es decir la actividad inversora del Sr. Santiago como ha quedado acreditada comulga mal con el error invocado como fundamento de su demanda. Procediendo por todo lo expuesto la estimación del recurso de apelación y con revocación de la sentencia de instancia, desestimar la demanda.

**CUARTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la estimación del recurso de apelación motiva la no imposición de las costas de esta alzada siendo las de primera instancia a cargo de la parte demandante al desestimarse la demanda en aplicación del artículo 394 del mismo texto legal .

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

## FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A. contra la sentencia de 25 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Valencia , en autos de juicio ordinario seguidos con el nº 1542/15, que se revoca y se desestima la demanda formulada por Asociación de **Consumidores** y Usuarios de Servicios Generales contra Banco Santander S.A. a quien se le absuelve de los pedimentos en su contra deducidos, con imposición a la parte demandante de las costas de primera instancia y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Dese al deposito constituido el destino legalmente previsto .

Contra la presente no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que en su caso, se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.