



Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050
FAX: 934866034
EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168187359

Recurso de apelación ■/2018 -A

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario ■/2016

Parte recurrente/Solicitante: BANCO SANTANDER S.A.
Procurador/a: ■
Abogado/a: ■

Parte recurrida: ■
*****Procurador/a: Noemi Xipell Lorca
Abogado/a: **Alberto Fernandez**

SENTENCIA Nº 335/2019

Barcelona, 27 de mayo de 2019

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por las Magistradas **Dña. M^a Dolores PORTELLA LLUCH**, **Dña. Maria Dolores MONTOLIO SERRA** y **Dña. Isabel Adela GARCÍA DE LA TORRE FERNÁNDEZ**, actuando la primera de ellas como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº ■/18 interpuesto contra la sentencia dictada el día 31 de julio de 2017 en el procedimiento nº ■/16 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona en el que es apelante/impugnada **BANCO SANTANDER S.A.** y apelado/impugnante **Dña. ■** y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Que estimo, íntegramente, la demanda interpuesta por el la procuradora de los tribunales D.^ª Noemí Xipell Lorca, en representación de Doña ■ contra BANCO DE SANTANDER SA y, en consecuencia, declaro que la parte





demandada incurrió en responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de lealtad, diligencia, transparencia, y en su virtud:

En relación a los contratos de producto estructurado original de fecha 15/2/2007 y su posterior reestructuración en producto estructurado tridente de fecha 20/5/2009, conforme al artículo 1.101 del CC debo de condenar a BANCO DE SANTANDER S.A. a pagar a la actora LA CANTIDAD DE CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS VEINTICINCO EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (158.525,85 €), con los intereses desde la interpelación judicial.

Y respecto de los bonos convertibles valores Santander declare resueltos los contratos conforme a los artículos 1124 del CC debiendo la demandada restituir las cantidades entregadas por la actora en virtud de los referidos contratos con los intereses desde la fecha de percepción, descontando los rendimientos percibidos por la actora, con motivo de los valores Santander y sus intereses, devolviendo a su vez mi mandante las acciones de Banco de Santander recibidas fruto de la conversión, dividendos u otros frutos que haya cobrado, o cobre con posterioridad hasta que se dicte sentencia, cabiendo compensación entre las cantidades, todo ello a determinar en ejecución de sentencia.

Todo ello con imposición a la demandada de las costas de este procedimiento.”

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente
Dña. Isabel Adela GARCÍA DE LA TORRE FERNÁNDEZ.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio. Resolución apelada. Recurso de apelación.

Doña [REDACTED] formuló demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander, S.A. en ejercicio de acción de nulidad absoluta/anulabilidad por error en el consentimiento de producto estructurado y su reestructuración en producto estructurado tridente, así como de dos órdenes de compra de valores Santander y subsidiariamente acción de resolución y responsabilidad por daños y perjuicios.

Relataba la actora, tras señalar que los productos a que se refiere la demanda son productos complejos, que es una mujer de 79 años, cuyos conocimientos económicos son básicos y siempre ha trabajado con cartillas, teniendo estudios básicos. Los padres de la actora tenían un patrimonio importante que al fallecer pasó a la misma.

La actora siempre ha sido ama de casa y empezó a cotizar a la Seguridad Social hacia los 54 años al asumir los negocios de sus padres. En cuanto a la cartera de valores gestionada por la actora, era su marido quien habitualmente trataba su ahorro en el banco hasta su fallecimiento. Al fallecer su esposo, la actora continuó con un servicio de “gestión de cartera asesorada” en Banca Privada del Santander. La actora, buscando su tranquilidad, y asesorada por sus gestores de confianza, comenzó a trasladar el dinero concentrado en el paquete accionario heredado hacia otros productos más seguros. Así la actora solicitaba productos que dieran una buena rentabilidad, pero que fueran disponibles a corto plazo y siempre garantizados.

Con motivo del servicio de gestión asesorada de cartera, cuando vencía





algún producto, se citaba a la actora para recomendarle otros en la línea por ella solicitada: corto plazo, con buena rentabilidad pero sin riesgo de capital. En febrero de 2007 la actora fue citada en la oficina para ofrecerle otras alternativas de ahorro a plazo. En esta ocasión se le ofreció un depósito a corto plazo, en el que la actora invirtió 300.000 euros, que tenía el capital garantizado y que no es objeto del presente procedimiento. Dos semanas más tarde se le propuso a la actora la contratación de un depósito similar pero que podía darle más rentabilidad, dado que el plazo de vencimiento era más largo. No se le advirtió ningún tipo de riesgo. La actora, confiando en el personal de la entidad que señaló que la rentabilidad del producto era variable, pero que el capital estaba garantizado, contrató en realidad un producto de pasivo financiero estructurado, de alto riesgo y difícil comprensión. La entidad le daba al producto un tratamiento como de imposición a plazo fijo. La actora cobró el primer depósito sin problemas a su vencimiento por lo que no sospechó en ningún momento del otro producto. La entidad incumplió sus deberes de lealtad, diligencia y transparencia.

En septiembre de 2007 su gestor de confianza le comentó que la entidad iba a lanzar un producto muy interesante, que definió como un ahorro plazo de cuatro años, con buena rentabilidad, parecido a los bonos del estado en cuanto a su seguridad y que podía rescatar anualmente, cambiándolo voluntariamente por acciones, sin perder dinero, y que si esperaba al vencimiento le devolverían el dinero. Así la actora invirtió 100.000 euros en valores Santander. El asesor omitió importante información sobre el producto, sin que a la actora se le entregara folleto informativo alguno. Posteriormente se le ofreció cancelar un fondo que tenía para invertirlo en valores Santander, comprando 40 títulos más.

En mayo de 2009 la actora recibió una llamada del Sr. [REDACTED] por parte de la entidad en la que le comunicó que había un problema con el depósito y tenía que acudir a una reunión urgente con los especialistas de banca privada. En esa reunión se le dijo que había un problema con el depósito y que tenía dos alternativas: o perder más de la mitad del dinero al vencimiento, o mantenerlo hasta 2014, sin intereses, pero recuperando el capital, recomendándole el





personal esta solución. De este modo la actora firmó una reestructuración del producto en un producto estructurado tridente, producto todavía más complejo y arriesgado que el anterior y que tampoco se ajustaba al perfil de la actora. La entidad en todo momento daba al producto el tratamiento de depósito.

La actora fue percibiendo intereses de los bonos Santander sin problemas y sin sospechar nada. A principios de 2013 el Sr. ■■■ le dijo a la actora que los bonos se le habían convertido en acciones, mostrando la misma su contrariedad pues no había pedido tal conversión y que nadie le había advertido. En la entidad le transmitieron que no tenía motivo de preocupación. En junio de 2014, el Sr. ■■■, sin embargo le comunicó la mala noticia de que había perdido más de la mitad del supuesto depósito, en concreto 158.525,85 euros. Además en aquel momento la actora conoció que los valores Santander, convertidos en acciones, le producían una pérdida importante del dinero entregado, por lo que inició reclamaciones.

Se ejercita de forma principal la acción de nulidad absoluta y subsidiaria anulabilidad de los productos contratados, con la recíproca restitución de prestaciones entre las partes. De forma subsidiaria ejercitaba acción de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones por la demandada y subsidiariamente de resolución contractual, indemnizando a la actora por los perjuicios sufridos en la contratación de los productos objeto de autos, más intereses legales desde la interposición de la demanda, con imposición de costas a la demandada.

Frente a la demanda interpuesta se opuso Banco de Santander S.A. alegando que la parte actora no incurrió en vicio alguno del consentimiento al suscribir los productos cuya nulidad ahora pretende, teniendo experiencia suficiente para la contratación de productos de corte especulativo, habiendo informado la demandada de forma correcta de los productos contratados. Se alega la caducidad de las acciones de nulidad ejercitadas tanto respecto del tridente y su reestructuración, como de los valores Santander. La parte actora





tenía un perfil inversor, habiendo desempeñado el cargo de administradora de la mercantil ██████, S.A. La actora tenía capacidad suficiente para comprender la naturaleza, características y riesgos de los Valores Santander.

El hecho de que la actora fuera un cliente minorista no significa, per se, que no pueda contratar un producto como Valores Santander.

En febrero de 2007 la actora acudió a la oficina para invertir parte de sus fondos en productos que generasen alta rentabilidad. El importe de la inversión fue lo que motivó que fuera atendida por el departamento de banca privada, sin que ello suponga asesoramiento si no se contrata este servicio. La labor del banco fue de mera comercialización. El banco ofreció diversos productos, recogiendo en el contrato firmado por la actora todos los elementos principales del producto denominado tridente. En este producto, el cliente invierte una cantidad de dinero y lo que obtiene en cualquiera de los supuestos de vencimiento es una cantidad vinculada a la evolución de una referencia, el "subyacente". En este caso el subyacente venía constituido por las acciones de tres de los bancos más importantes de Europa. La rentabilidad puede ser positiva o negativa en función de la evolución del subyacente. Es imposible que la actora desconociera las características del producto.

En la descripción del producto que se hace en el contrato se señala que el capital no está garantizado. El funcionamiento del producto está detallado en el contrato. Todos los escenarios posibles se detallaban en el contrato. Son muchas las advertencias que se contienen en él sobre el riesgo de la inversión. Además se remitió información al cliente durante la evolución de su inversión. A mediados de 2009, la inversión de la parte actora estaba por debajo de su valor inicial, ofreciéndose a la actora reestructurar el producto en diversas ocasiones, explicando con claridad el funcionamiento y riesgos de la reestructuración. La Sra. ***** dio su consentimiento a la reestructuración. El producto reestructurado no generó rendimientos por no cumplirse las condiciones pactadas para la liquidación del cupón fijo, obteniéndose finalmente un rendimiento negativo de





158.525,85 euros. Es por ello que la actora pretende escapar de sus decisiones de inversión libremente consentidas. No es cierto que la demandada haya incumplido sus obligaciones de información. La parte actora recibió información continua y completa acerca del contrato.

Tras explicar la naturaleza de los valores Santander y la documentación empleada por el Banco para informar a los inversores, en la que constaba que el producto podía comportar pérdidas, señalaba que no existía labor de asesoramiento entre la demandada y la Sra. ■■■■■, siendo la actora apta para suscribir los valores y habiendo cumplido la demandada sus obligaciones de información. La parte actora en la orden de suscripción reconoció haber recibido y leído el tríptico informativo de la emisión. Además la parte actora realizó una segunda suscripción en el mercado secundario por debajo de su valor nominal. Después de la inversión la demandada continuó prestando información a la actora, lo que hace inexcusable el pretendido error. Además, la percepción de intereses por la parte actora durante la vida del producto ha supuesto la confirmación del contrato. La actora pretende desplazar sobre la demandada el riesgo de una inversión después de haberse aprovechado de sus rendimientos. Invocaba fundamentos de derecho y suplicaba sentencia desestimatoria, con imposición de costas a la parte actora.

En fecha 31 de julio de 2017 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia 28 de Barcelona, que estimó la demanda declarando la responsabilidad de la demandada por incumplimiento de las obligaciones de lealtad, diligencia y transparencia, condenando a la demandada a pagar a la actora por el producto estructurado tridente la cantidad de 158.525,85, más intereses desde la interposición de la demanda. Y respecto a los bonos convertibles se declaren resueltos los contratos con restitución de las cantidades entregadas por la actora, con los intereses, menos los rendimientos recibidos, con sus intereses, con devolución por la parte actora de las acciones.

Frente a la Sentencia dictada se interpuso por Banco de Santander recurso de





apelación alegando error en la valoración de la prueba respecto a la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios. La parte actora impugnó la sentencia en lo relativo a la apreciación de la caducidad de la acción de nulidad entablada, interesando su revocación y la estimación de la acción interpuesta con carácter principal, oponiéndose al recurso de apelación interpuesto de contrario.

La parte demandada se opuso a la impugnación formulada por la Sra. ■■■ reiterando lo ya alegado en su escrito de contestación a la demanda.

SEGUNDO.- Impugnación de la Sentencia. Caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento.

Frente a la Sentencia de instancia que estimó la acción de indemnización de daños y perjuicios al haber incumplido la parte demandada sus obligaciones de lealtad, diligencia y transparencia en la comercialización a la actora de los productos denominados producto estructurado, y su reestructuración en producto estructurado tridente y valores Santander, se alza la parte demandada entendiéndolo que la resolución de instancia incurre en error en la valoración de la prueba, solicitando la revocación de la misma; y la parte actora, a su vez, impugna la sentencia en lo que se refiere a la desestimación de la acción de nulidad por vicio del consentimiento al haber incurrido en error la parte actora, ejercitada en su demanda con carácter principal, al estimar, según la impugnante, el juez a quo de forma errónea la excepción de caducidad alegada de contrario, solicitando se dicte sentencia por la que se estime dicha pretensión principal.

Así estructurados el recurso de apelación y la impugnación de la sentencia, procede analizar con carácter previo la excepción invocada, pues de desestimarse la misma procedería el análisis de la acción interpuesta de forma principal y su estimación determinaría que no se analizara el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada respecto a la acción estimada





de indemnización de daños y perjuicios.

Para determinar si la acción de nulidad por concurrir vicio en el consentimiento para contratar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente previsto, se ha de partir del art. 1.301 del Código Civil que establece: "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato."

La sentencia de primera instancia considera que, de acuerdo con la doctrina contenida en la STS 12 de enero de 2015, reiterada en la Sentencia de 25 de febrero de 2016, la acción estaría caducada porque el plazo de 4 años que establece el art. 1.301 CC debería empezar a contarse respecto al producto estructurado, que se reestructuró en 2009 precisamente por el riesgo evidente de pérdida de capital, en aquella fecha, pues la parte actora ya pudo tomar conciencia, si es que no la tenía antes, del producto que había contratado y de que le suponía un riesgo de pérdida de capital. Y respecto a los Valores Santander, dado que en las liquidaciones de 2008 remitidas a la parte actora se desprendía que el valor nominal de tales valores se había reducido en un 40% de su inversión inicial, por cuanto difícilmente podíamos estar ante una imposición a plazo fijo o producto sin riesgo de pérdida de capital, siendo desde dicha fecha de la que se debe partir para fijar el día a quo para el computo de la caducidad.

Es decir, el juez a quo entiende que al menos desde 2009, con relación al producto estructurado tridente y desde el 2008 en relación a los valores Santander, la parte actora se encontraba en disposición de poder ejercitar la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento al tener cabal conocimiento de los riesgos y del verdadero alcance de los productos adquiridos.

Este Tribunal no comparte los anteriores razonamientos, habiendo tenido ocasión de manifestarse respecto a la excepción estudiada en relación al





producto Valores Santander en varias resoluciones, entre otras, en Sentencia de 4 de febrero de 2019, o en las de 3 y 16 de abril de este mismo año y respecto al producto estructurado tridente en Sentencia de 20 de febrero de 2019, manteniendo en todas ellas igual postura de atender al momento de vencimiento del contrato para fijar el día a quo en el computo el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad.

En las indicadas resoluciones recordábamos la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015, alegada por el juez a quo, en la que el Alto Tribunal señala que "... En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error...".

Doctrina que se reprodujo en otras sentencias posteriores, como son la sentencia número 376/2015, de 7 de julio; 102/2016, de 25 de febrero, la 435/2016, de 29 de junio, 489/2015, de 16 de septiembre; 718/2016, de 1 de diciembre; 11/2017, de 13 de enero; y la 153/2017, de 3 de marzo. Todas las sentencias mencionadas del Tribunal Supremo se refieren a diferentes productos financieros, todos ellos complejos.





En concreto, en las sentencias del Alto Tribunal mencionadas de 13/1/17 y de 3/3/17, referidas a permutas financieras de tipos de interés (swap) se reprodujo íntegramente la doctrina indicada y se dijo que en el caso concreto el comienzo del plazo para el ejercicio de la acción no podía computarse hasta que el cliente percibió la primera liquidación negativa, o en su defecto, tuvo conocimiento concreto del elevado coste de cancelación anticipada del producto, momento a partir del cual la parte demandante ya conocía la operativa comercial del producto y sus efectos nocivos.

Sin embargo, la STS nº 89/2018, del Pleno, de 19 de febrero de 2018 ha clarificado esa jurisprudencia en cuanto a su aplicación en relación con los contratos en que no coinciden el momento de la perfección del contrato con el de la consumación del mismo (también se trataba de un swap), pronunciándose en los siguientes y clarificadores términos: "Mediante una interpretación del art. 1301 del CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

En la propia STS de 12 de enero de 2015, citada por la resolución apelada, se señalaba que la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce "la realización de todas las obligaciones" (sentencias de la Sala 1ª del





Tribunal Supremo de 24 de junio de 1899 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), " cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes " (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando "se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Sentado lo anterior, la respuesta que ha de darse a la excepción esgrimida por la demandada es la misma en uno y otro caso, debiendo ser desestimada.

Así, y respecto al producto estructurado, reestructurado en el tridente, dado que la fecha de valoración final del mismo es 16 de junio de 2014, resulta evidente que a la interposición de la demanda 5 de octubre de 2016, la acción no estaba caducada, por lo que procede revocar en este punto la sentencia y analizar la acción de nulidad interpuesta con carácter principal por la actora en su demanda.

Y la misma respuesta merece la alegación de la caducidad respecto a los Valores Santander. El art. 122-5 CCCat ., relativo al cómputo de plazo de la caducidad, establece en su apartado 3:"El cómputo de meses o años se hace de fecha a fecha. Si en el mes del vencimiento no existe el día correspondiente al inicial, se considera que el plazo finaliza el último día del mes."

Como ya razonó este Tribunal en Sentencia 50/2019, de 4 de febrero, relativa a una acción de nulidad por error-vicio de este mismo producto, Valores Santander, la consumación del contrato tuvo lugar el día 4/10/12, fecha en la que se produjo el canje obligatorio en acciones de Banco Santander, agotándose en ese momento los efectos del contrato, siendo por tanto éste, el " dies a quo " del cómputo.

Por ello, como quiera que la demanda se presentó telemáticamente el día





4 de octubre de 2016, la acción de nulidad respecto a los Valores Santander tampoco estaría caducada, debiéndose también analizar respecto a dicho producto la acción de nulidad ejercitada.

TERCERO.- Doctrina sobre el error en la contratación de productos de inversión.

Analizando en primer término la acción de nulidad interpuesta respecto al producto estructurado tridente, suscrito por la actora en sustitución del estructurado inicialmente contratado, ante las pérdidas sufridas por éste, las cuestiones jurídicas que se plantean en autos ya han sido resueltas por el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 4 de mayo de 2017 (nº269/2017), analiza un supuesto análogo al presente, esto es, la nulidad en la compra apalancada de un producto estructurado tridente de la misma entidad apelante por una persona empresaria que, además, contó con cierto asesoramiento externo, doctrina que es reiterada en la sentencia de 21 de marzo de 2018 (nº160/2018), en un supuesto de un particular que contrató también el mismo producto y llegó a contar con asesoramiento legal externo. Indica la primera resolución en su fundamento de derecho cuarto, dando respuesta a muchas de las cuestiones planteadas en autos, reiteradas por la apelante en su recurso de apelación, aunque referenciadas a la acción de indemnización de daños y perjuicios estimada por la sentencia de instancia, lo siguiente:

"Esta sala ha dictado ya un importante número de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión. Las sentencias del Pleno de esta sala 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero de 2015, recogen y resumen la doctrina dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión y son otras muchas las que después la han seguido, también para contratos como el que da origen a este litigio (el contrato se celebró el 28 de septiembre de 2006), un depósito estructurado pre-"MiFID", como la sentencia





102/2016, de 25 de febrero.

Dicha doctrina declara la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el error haya sido causado por la insuficiencia de la información suministrada por la empresa de servicios de inversión. Ello, tanto en casos en que resulta de aplicación la legislación anterior a la incorporación a nuestro Derecho nacional de la normativa "MiFID" como en casos en los que es aplicable la normativa "MiFID". La normativa pre-"MiFID" (fundamentalmente art. 79 de la Ley 24/1988, de 29 de julio, del Mercado de Valores y el RD 629/1993, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios) era la aplicable al primer contrato litigioso, suscrito el 28 de septiembre de 2006. La normativa "MiFID", introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 y, por tanto, es aplicable al segundo contrato litigioso, celebrado el 28 de enero de 2009.

De esta doctrina importa destacar ahora los siguientes aspectos:

1.º) El art. 1266 CC 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, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea 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 (sentencia 215/2013, de 8 abril).

2.º) El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre.





La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y, si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

3.º) En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto , 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

4.º) La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva "MiFID", da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente.

5.º) La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, también la anterior a la transposición de la Directiva "MiFID" como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes. Las recurrentes llevan razón al afirmar que la flexibilización que de estas normas se hace en la sentencia de la Audiencia Provincial infringe la jurisprudencia dictada en esta materia.





La Ley del Mercado de Valores en la redacción anterior a la transposición de la Directiva "MiFID", que es la aplicable por razones temporales al primero de los contratos cuya nulidad se solicita, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establecía como principios a los que debían atenerse las empresas que actuaran en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva "MiFID", vigente cuando se celebró el segundo de los contratos que se impugna, el nuevo art. 79.bis LMV (EDL 2015/182875) sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarle, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.

Asimismo, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la empresa de inversión ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición (sentencias 102/2016, de 25 de febrero y 411/2016, de 17 de junio).





6º) El deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato. En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre, reiteran que "(c)omo ya hemos recordado en otras ocasiones, "(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)".

CUARTO.- Información de la demandada. Existencia de asesoramiento y perfil de la actora.

Nulidad del producto estructurado reestructurado en un estructurado tridente.

Formulada por la parte actora acción de nulidad respecto al producto estructurado, reestructurado en un estructurado tridente, este se ha definido como un producto complejo en Sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 3 de febrero de 2016, adecuado solo para inversores de perfil arriesgado con expectativas alcistas sobre el mercado de renta variable, en el que la pérdida o ganancia dependerán de si el precio final de la acción de peor rendimiento de las tres subyacentes cumple en cada una de las fechas previstas en el contrato, las condiciones pactadas en cada fecha, esto es, si su precio es mayor, igual o inferior al de la fecha inicial que se fije.

Entendía la entidad de demandada que no concurrían los requisitos para que prosperase la acción de nulidad por error en el consentimiento, negando la existencia de asesoramiento a la actora, al no haber contratado la misma dicho servicio de la entidad demandada, señalando que la Sra. ■■■ tenía capacidad para contratar el producto cuestionado y conocía el mismo, reprochando a la actora que lo que pretende es trasladar a la demandada las consecuencias





negativas de la inversión y riesgo que asumió de forma consciente, indicando además que la entidad dio toda la información precisa para la contratación. En ningún momento ha negado la entidad financiera que nos encontramos ante productos de riesgo en los cuales no quedaba garantizada la recuperación del capital invertido.

La primera cuestión que merece respuesta es la negativa por parte de la entidad demandada acerca de que prestara servicio de asesoramiento a la Sra. ■■■■■, indicando que su labor es la de mera comercializadora.

Al respecto del asesoramiento el Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada, entre otras en Sentencia de 15 de octubre de 2015 que para que exista asesoramiento por parte de la empresa de inversión a su cliente (y por tanto tal asesoramiento haya de prestarse cumpliendo las exigencias de la normativa general y sectorial) no es requisito imprescindible la existencia de un contrato de asesoramiento "ad hoc" de los previstos en el art. 63.g) de la actual redacción de la Ley del Mercado de Valores. Basta con que la iniciativa de la contratación del producto o del servicio parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto o servicio a su cliente recomendándole su contratación. Tal conducta tiene la naturaleza de asesoramiento y debe cumplir los requisitos que establece la normativa de servicios financieros y de inversión.

En el caso de autos, a pesar de que el testigo Sr. ■■■■■ entendía que la entidad no prestó asesoramiento a la actora, en tanto que aun siendo cliente de banca privada dicho servicio se prestaba únicamente si el cliente lo contrataba, reconoció que el servicio de banca privada es un servicio de información para clientes un poco especiales, reconociendo de este modo siquiera de forma implícita que era la entidad quien ofrecía los productos que consideraba adecuados al cliente a través de la información respecto de los mismos, reconociendo que el estructurado tridente se contrató por la parte actora al comunicarle la entidad que el anterior producto estructurado estaba casi a 0 y en sustitución del mismo. Por tanto dicha actuación no puede entenderse sino como





asesoramiento por parte de la demandada.

Además, siendo esta una prueba que compete a la parte demandada, Banco de Santander no ha acreditado que realizara un análisis del perfil de la Sra. ■■■■, ni desde luego que suministrara a la misma una información completa y veraz que le permitiera entender la naturaleza, el funcionamiento y los riesgos de los productos contratados. A este respecto resultó poco clarificadora la declaración del Sr. ■■■■ ■■■■ apoderado de la entidad, que se limitó a mantener que la actora era una inversora activa, que los productos ofrecidos se adecuaban a su perfil y que los entendía. No ha acreditado la demandada, al margen de aportar extensa documentación acerca de productos contratados por la Sra. ■■■■ con la finalidad de acreditar su perfil de inversora activa, o de la información fiscal ofrecida por la entidad, la actuación desplegada por la misma al efecto. Es más, con respecto al primer estructurado contratado por la Sra. ■■■■ no consta que la actora ofreciera información alguna sobre los riesgos del producto.

Con tales premisas mantiene Banco de Santander que no hubo error al contratar, sin que desde luego el mismo pueda imputarse al incumplimiento por parte de la entidad de sus deberes de transparencia informativa, señalando además al efecto que en los contratos suscritos por la actora se contienen numerosas indicaciones acerca de los riesgos existentes para el capital, de tal modo que una mínima diligencia sería suficiente para salvar el error, manteniendo además el testigo Sr. ■■■■ que antes de contratar se informaba al cliente sobre el producto y si había folleto se le entregaba. Sin embargo, como ya hemos avanzado y teniendo en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Supremo respecto a la comercialización de este tipo de productos, la entidad no ha acreditado dicha actuación diligente en la contratación ni del estructurado tridente, ni de los Valores Santander.

En el caso del producto estructurado inicialmente contratado, consta incluso en la cartilla como anotación de dicha contratación IPF, que el propio Sr.





■ manifestó que la misma indicaba normalmente “imposición a plazo fijo”. Respecto al estructurado tridente, que vino a substituir al anterior ante las pérdidas del mismo, y del que tampoco consta que tipo de información se ofreció con carácter previo a su suscripción, es evidente como ya hemos indicado que se trata de un producto complejo, de carácter especulativo y alto riesgo, en el que la suerte de la operación, tanto en términos de rentabilidad como de devolución del capital invertido dependía de la fluctuación de varios índices bursátiles (productos subyacentes), dadas las posibilidades de diversas situaciones y la previsión de ciertos niveles o barreras que conducían a la eventualidad de muy diversos escenarios, algunos de los cuales pueden suponer que el cliente sufriera pérdidas importantes, incluso la pérdida total. Así es calificado en la sentencia del TS de 4-5-2017, nº 269/2017, que añade "Lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información como las condiciones en que materialmente se cumple el mismo (entre otras, sentencia 562/2016, de 23 de septiembre). Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre, con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero, y 489/2015, de 16 de septiembre)".

Y a este respecto si bien es cierto que en el producto estructurado tridente en varias ocasiones se alerta de la posibilidad de pérdida del capital, también lo es que no se ha acreditado que dicha información se transmitiera con carácter previo a su firma a la actora, a fin de que la misma pudiera asumir, comprender y valorar los riesgos que entrañaba la contratación; al margen de que dicho producto fue ofertado por la entidad como “solución” ante la pérdida casi total de valor del estructurado suscrito anteriormente que la propia demandada calificaba en la cartilla como “IPF” y como única solución, pues la otra posibilidad era la pérdida casi total de la inversión, de recuperar el capital invertido.





Además se trata de un producto de entendimiento complicado para quien no se halla familiarizado, por experiencia, sin que la dedicación profesional de la actora, que nada tiene que ver con el mercado financiero, supla la actuación de la demandada en cuanto a la transmisión de la información a que la misma está obligada, sin que en definitiva se haya probado que se transmitiera a la actora la información exigida legalmente, según lo establecido en el artículo 60, apartado uno, letras b y d, del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, esto es una información exacta en la que no se destaquen los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, y sin ocultar o minimizar algún aspecto, declaración o advertencia importantes.

No consta que se realizasen simulaciones, imprescindibles para una correcta idea de qué es lo que, en dinero, se estaba jugando la actora con esa inversión, ni tampoco consta que se explicase a la demandante de forma detenida, clara y comprensible cuál sería la liquidación que al final se haría de la inversión de darse una situación adversa, cómo se calcularía tal liquidación, cuál podía ser el coste económico efectivo de percibir el reintegro de su inversión, debiendo por ello concluir en el incumplimiento por la empresa de inversión de los deberes de información que le imponía la normativa del mercado de valores cuando se contrata con clientes respecto de los que existe una ostensible diferencia de nivel informativo.

Ni la formación académica de la actora, ni su actuación profesional, ni siquiera su actuación inversora, son suficientes para entender que la entidad financiera actuó de forma correcta en la comercialización del estructurado, sin que se haya acreditado un conocimiento extenso por parte de la Sra. ■■■ del mercado financiero, ni siquiera que como empresaria tuviera un especial conocimiento de dicho ámbito, habiendo señalado el Tribunal Supremo que para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable son necesarios conocimientos especializados en este tipo de





productos financieros y parece evidente que dicho hecho no ha sido acreditado en el presente caso. Además, y del resultado del test aportado por la demandada realizado en 2009, resulta que la actora tenía un perfil moderado que, desde luego resulta insuficiente para la contratación de este tipo de productos.

En definitiva, conforme a lo anterior, se debe concluir que la demandada no proporcionó una información adecuada a la actora, o al menos no ha acreditado que así lo hiciera, sobre los riesgos del producto contratado que determinó que la misma contratara con el consentimiento viciado por error, lo que determina la nulidad del contrato y la estimación de la acción principal interpuesta por la actora; y ello por cuanto dicha información no se desprende sin más de las inversiones previas que pudiera haber realizado la misma respecto a productos no garantizados, de su patrimonio o de la simple entrega de un documento informativo que, en el caso de autos, no resulta acreditado se entregara. En este sentido, y aunque la demandada señala en su recurso que la sentencia de instancia obvia la declaración el testigo que depuso en autos, lo cierto es que poco clarificadoras resultan las manifestaciones del Sr. ■■■ de carácter más bien genérico, dedicándose a resaltar el carácter activo de la Sra. ■■■ en la contratación de productos y su capacidad de entendimiento de los contratados, pero nada acredita respecto de las concretas informaciones acerca de los importantes riesgos que los productos contratados conllevaban.

Adquisición de Valores Santander

Todas las consideraciones realizadas en los anteriores fundamentos de esta resolución respecto a la nulidad de los productos estructurados adquiridos por la actora son aplicables a la adquisición por la Sra. ■■■ de los Valores Santander en dos ocasiones, respecto de los cuales no ha caducado tampoco la acción de nulidad por vicio del consentimiento interpuesto con carácter principal, y lo serían también de estimarse la acción de indemnización de daños y perjuicios, pues como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 491/2017, de 13 de septiembre, el incumplimiento de sus obligaciones por parte





de la entidad financiera (incumplimiento que ya hemos analizado previamente) "podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento".

Respecto a la naturaleza, características y riesgos de este producto, que no constan en la orden de suscripción, debe decirse que los Valores Santander es un producto que fue emitido para financiar la operación de adquisición de las acciones del Banco ABN Amro, siendo emisora la entidad " Santander Emisora 150, SA Unipersonal" de la que Banco Santander era el único accionista. Si el consorcio en que participaba Banco Santander no adquiría ABN Amro, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un interés del 7,30 %. En el caso de que se adquiriese ABN Amro (que es lo que sucedió), los valores emitidos se convertirían en "obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander". Es decir, los "Valores Santander " se convertirían primero en obligaciones, devengando un interés anual de 7,30 % el primer año, y el Euribor más 2,75 % los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del Banco el 4 de octubre de 2012. Con anterioridad a esa fecha el inversor podía voluntariamente efectuar el canje los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011, a un valor de conversión determinado desde el inicio, en un 116 % de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles, es decir, por encima de su cotización en aquel momento. Mientras tanto, se trataba de valores subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluidas la deuda subordinada y las participaciones preferentes".

En consecuencia, nos encontramos ante un producto que presentaba una elevada rentabilidad inicial y una rentabilidad posterior que era variable. Su riesgo, como ya hemos indicado en otras resoluciones" estribaba en la bajada de valor de las acciones por las que debían canjearse las obligaciones, amén de





que el canje ya se estableció que se haría por el 116 % de su cotización inicial. Es decir, existía ya de entrada una pérdida del 16 % del capital invertido, aunque podía resultar compensado en el caso de que las acciones subieran su cotización antes del momento en que se produjera la conversión. El capital no estaba garantizado, y, además, tampoco la remuneración estaba asegurada a partir de la adquisición de ABN Amro, porque Banco Santander podía decidir no pagar y abrir un periodo de canje voluntario, y se preveía que no habría remuneración en ningún caso si no existía beneficio distribuible o lo impedía la normativa de recursos propios aplicables al Grupo Santander".

Y este producto, ya hemos mantenido en otras resoluciones, entre ellas las sentencias de 19/10/18, 20/11/17, 25/7/17,y 23/9/16 , y aunque la demandada lo califica como producto amarillo, con un nivel de riesgo y complejidad de tipo medio, es un instrumento financiero complejo, en el sentido técnico-jurídico de la Ley del Mercado de Valores, y sujeto a esta normativa (artículo 79 bis 8, en relación con el artículo 2.2 LMV).

En relación con un producto semejante, bonos necesariamente convertibles en acciones de Banco Popular, y, por tanto, perfectamente trasladable al producto de autos, la sentencia del Tribunal Supremo de 17/6/16 ha dicho que se trata de un producto no solo complejo sino arriesgado: "... además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado . Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer





momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión..." .

Lo establecido en los razonamientos anteriores respecto al perfil de la actora y a la información ofrecida por la demandada deben ser reiterados en el presente; a tal efecto, tampoco la entidad demandada ha acreditado que ofreciera una información completa y detallada del producto suscrito, hasta en dos ocasiones, por la Sra. [REDACTED] cliente minorista y de perfil moderado.

Y si bien es cierto, como mantiene Banco Santander, que la calificación de un cliente como minorista no impide que el mismo adquiera este tipo de productos, también lo es que dichos clientes han de ser objeto de una especial protección, y así lo ha reiterado el Tribunal Supremo de forma constante, como ya hemos recordado.

Y a lo anteriormente indicado únicamente cabría añadir que el Tribunal Supremo ha indicado que la existencia de un "folleto informativo" por sí solo no exime de responsabilidad al emisor ni garantiza que la información transmitida por el mismo haya sido adecuada, ni su sola existencia otorga capacidad al inversor, cliente minorista no profesional, para evaluar la naturaleza del producto, sus riesgos o la situación financiera del emisor. En cualquier caso, las alegaciones realizadas por la demandada respecto a la información ofrecida no acreditan que se diera a la actora una información completa y veraz sobre las características y riesgos del que es objeto de autos que, en todo caso, debe ser calificado como producto complejo, aunque la demandada no lo considera como tal.

Y finalmente, el Tribunal Supremo ha señalado que todas las declaraciones del cliente recogidas en el contrato acerca del conocimiento del producto y su voluntad de contratarlo no son determinantes de la existencia de una comprensión de la naturaleza, funcionamiento y riesgos del producto,





señalando en Sentencia de 12 de enero de 2015: "(...) Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por... en el sentido de que «he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...» y «declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo». Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

No habiendo acreditado la demandada que la información suministrada fuera suficiente para contratar con pleno conocimiento, dicho incumplimiento determinó que la actora contratara con error, y de dicha contratación se derivan unos perjuicios ciertos para la Sra. [REDACTED]

QUINTO.- Nulidad de los contratos por vicio en el consentimiento. Consecuencias.

Para que proceda la declaración de nulidad de un contrato por error en el consentimiento se requiere que: 1) Exista error en el consentimiento; 2) que el





error sea esencial; y 3) que el error sea excusable. La jurisprudencia declara que existe error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, debiendo recaer el error sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrar el contrato. Asimismo, el error debe ser esencial al proyectarse sobre la causa principal de la celebración del contrato y ha de ser excusable. El error sustancial en relación con el consentimiento otorgado en la suscripción tanto de los estructurados, como de los Valores Santander debe recaer sobre el objeto del contrato, y por ello la información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, siendo lo que vicia el consentimiento por error la falta de conocimiento del producto y sus riesgos pero no el incumplimiento per se del deber de información, sino las consecuencias que de la falta de información se derivan en la prestación del consentimiento. El incumplimiento del deber de información por la entidad financiera incurre directamente en el requisito de excusabilidad del error, puesto que el conocimiento equivocado sobre los riesgos concretos asociados al producto financiero complejo contratado le es excusable al cliente.

Todos estos requisitos se cumplen en el caso de autos tanto respecto de la inicial contratación del primero de los estructurados, como del estructurado tridente que lo sustituyó, así como de los Valores Santander por lo que la demanda debe ser estimada y declarar la nulidad de dichos contratos al haber contratado la actora con error en el consentimiento.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Por tanto, declarada la nulidad del contrato de los productos estructurados lo que procede es la restitución por parte de la demandada del





capital íntegro de la inversión, 300.000 de euros, con el interés legal desde la fecha del desembolso.

Por su parte, la demandante deberá devolver a la entidad bancaria los rendimientos obtenidos del producto durante los años de su vigencia.

De igual modo, deberá devolverse a la actora la suma invertida en los Valores Santander, 290.449,80 euros y su intereses, devolviendo la Sra. [REDACTED] a la entidad financiera las acciones adquiridas, así como los rendimientos obtenidos del producto mientras estuvo vigente, con sus intereses.

La estimación de la impugnación formulada por la parte actora, con estimación de la demanda de nulidad por vicio del consentimiento interpuesta con carácter principal, determina la desestimación sin más del recurso de apelación formulado por Banco de Santander, S.A. respecto de la acción indemnizatoria que acogió la sentencia de instancia.

SEXTO.- Costas.

La desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada determina la imposición a la misma de las costas de alzada; sin que proceda imponer a ninguna de las partes las costas de la impugnación formulada por la parte actora al ser estimada la misma, conforme a lo dispuesto en el artículos 398 de la L.E.C .

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander, S.A. contra la sentencia de 31 de julio de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 28 de Barcelona, confirmando la misma, imponiendo a la apelante las costas causadas. Y estimando la impugnación formulada contra la mencionada sentencia por doña [REDACTED]





debemos revocar y revocamos la misma, estimando la acción principal interpuesta por la actora contra Banco de Santander, S.A., respecto al producto estructurado original y estructurado tridente, declaramos la nulidad por vicio del consentimiento del producto estructurado original de fecha 15 de febrero de 2007 y su posterior reestructuración en producto estructurado tridente de fecha 20 de mayo de 2009, con los efectos inherentes a dicha declaración y, en consecuencia, condenamos a la demandada a restituir la suma invertida de 300.000 euros, con los intereses desde la suscripción del primero de ellos, descontándose de dicho importe la suma percibida por la actora a la fecha de cancelación del producto como consecuencia de la liquidación negativa, esto es, 141.474,15 euros con intereses legales devengados desde que se percibió dicha suma, así como los rendimientos percibidos por la actora durante la vigencia del producto, más intereses legales desde que se percibieran, a determinar en ejecución de sentencia. Asimismo, estimamos la acción principal interpuesta respecto de la adquisición de los Valore Santander, condenando a la demandada a la devolución del capital invertido por la actora, 290.449,80 euros, con sus intereses desde la suscripción del producto, debiendo la misma devolver las acciones de las que es titular, más los rendimientos obtenidos, con sus intereses. Todo ello, sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

Con pérdida del depósito consignado.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469-477-disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.



