

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 2
VALENCIA**

SENTENCIA Nº 144/2015

En Valencia, a 24 de julio de 2015

MAGISTRADO:Manuel Ortiz Romani (Juez de Adscripción Territorial)

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario 1451/14

DEMANDANTE: ----- (en nombre propio y de sus hijos -----) y la mercantil ----
Procurador: Javier Blasco Mateu
Letrado: Jaime Navarro García

DEMANDADO: Banco Santander SA
Procurador: -----
Letrado: -----

OBJETO DEL JUICIO: Valores Santander y Fondo Estructurado Tridente

HECHOS

PRIMERO.- La parte actora, ----- (en nombre propio y de sus hijos -) y -----, a través de su representación procesal, presentó el día 15 de octubre de 2014, demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Santander SA la cual fue admitida a trámite, en relación con el contrato de compra de Valores Santander y el contrato Fondo Estructurado Tridente suscritos con la entidad demandada, por importe respectivo de 577.425'32 y 300.000 euros.

La parte demandada presentó su escrito de contestación oponiéndose a la demanda. Así, basándose en el perfil del demandante y su experiencia inversora, solicitaba se dictase sentencia que desestimase íntegramente la demanda y absolviera a la parte demandada, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- A la audiencia previa del juicio, celebrada el día 3 de junio de 2015, comparecieron válidamente las partes personadas. No existiendo acuerdo entre las partes ni posibilidad de alcanzarlo, las partes ratificaron sus escritos.

Fijados los hechos controvertidos, se procedió a la proposición de prueba, fijando el día 7 del mes siguiente para la celebración del juicio.

Llegada la fecha señalada, se recibió declaración testifical a -----, ----- y -----, formulando las partes a continuación sus respectivas conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Pretensiones de la partes.

En la demanda interpuesta la parte actora solicita se dicte sentencia por la que se declare la nulidad relativa o anulabilidad de los contratos de compra de Valores Santander y Fondo Estructurado Tridente por vicio del consentimiento, y se condene a la demandante a la devolución de la suma invertida en dichos productos, teniendo en cuenta los rendimientos obtenidos, más los intereses correspondientes, y las costas. Subsidiariamente, ejercita acción de responsabilidad contractual interesando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La parte actora expuso que suscribió con la parte demandada varias órdenes de compra de Valores Santander, en su propio nombre, en el de sus hijos y en el de la comunidad de bienes de su titularidad, así como un contrato denominado "Fondo Estructurado Tridente", en los años 2007 y 2008 por importe de 577.425'32 y 300.000 euros, respectivamente, y ello sin que la parte demandada diera a la parte actora, que carecía de conocimientos financieros, información real sobre los productos contratados, tratándose de clientes minoristas con un perfil moderado de riesgo.

Por ello, ejercita principalmente acción de nulidad relativa/anulabilidad por error en el consentimiento en los citados contratos, solicitando la devolución de las cantidades entregadas, más los intereses correspondientes.

La parte demandada presentó su escrito de contestación oponiéndose a la demanda. Sobre el fondo del asunto, solicitaba se dictase sentencia que desestimase íntegramente la demanda y absolviera a la parte demandada, con expresa imposición de costas a la parte actora. Alega que cumplió sobradamente su obligación de información, que no de asesoramiento, debiendo estarse a lo pactado y a los actos propios de la actora, que contrató los productos examinados libremente.

En la audiencia previa, al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo 769/2014, de 12 de enero de 2015, la parte demandada alegó la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, alegación que fue rechazada como tal alegación complementaria al entender, por un lado, que no era el momento procesal correspondiente para ello por mucho que la citada Sentencia del Alto Tribunal fuera posterior a la contestación a la demanda, y, por otro lado, que no podía ser considerada como tal alegación complementaria tratándose de una cuestión apreciable de oficio.

SEGUNDO.- Caducidad de la acción

En este punto, la primera cuestión que debo resolver será la relativa a la caducidad de la acción de nulidad relativa.

A propósito de la misma, la parte demandada tomó en consideración, para los valores Santander, el día 30/07/2008, es decir la fecha de celebración del último de los contratos, y para el Fondo Estructurado Tridente, el día 29 de enero de 2009, es decir la fecha de reestructuración del primer contrato.

En relación con la cuestión puesta de manifiesto por la parte demandada, es de particular interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 16 de julio de 2012: "En lo que a la caducidad de la acción que alega la representación de la entidad demandada apelante, el motivo de apelación no puede ser acogido, aunque por razones distintas de las expresadas en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de instancia, atendido el hecho de que conforme al contenido del Fundamento Jurídico Cuarto de la demanda, la actora alega que el consentimiento se prestó con error en la sustancia o en los elementos esenciales del contrato. Al respecto, hemos declarado en reciente sentencia de 9 de julio de 2012 (Rollo de apelación 248/2012, Pte. Sra. Gaitón Redondo) que: "Pese a lo indicado por ésta última, y en base a los hechos y fundamentos jurídicos de su demanda, la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC) - sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010, tal y como pretende la parte apelante- y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que el legal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos -supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC - respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar

inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad " (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999). .../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidentada, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil ."

De manera mucho más reciente, el Tribunal Supremo ha señalado en la citada Sentencia de enero de 2015 que:

“QUINTO.- El cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento

(...)**3.-** Además de lo expuesto, no es correcta la tesis de las sentencias de instancia en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción.

De acuerdo con lo dispuesto en el *art. 1301 del Código Civil* , « [l]a 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 [...] ».

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que « *la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes* ».

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el *art. 1301 del Código Civil* , con la perfección del mismo. Así lo declara la *sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio* , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales 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 1897 , 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*).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada *sentencia núm. 569/2003* :

« *Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para*

impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de « *ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico* ». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el *art. 1301 del Código Civil* en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « *la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas* », tal como establece el *art. 3 del Código Civil*.

La redacción original del *artículo 1301 del Código Civil*, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « *contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente* », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el *art. 1301 del Código Civil* fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

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."

Para valorar debidamente la posible caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, es menester partir de las siguientes fechas:

-04/10/07: cargo en las cuentas de ----- y de sus hijos ----- (documentos 3.a, 3.b y 3.c de la contestación) por importe de 40.000, 30.000 y 30.000 euros, respectivamente, así como en la cuenta de --- (documento 3.d) por importe de 300.000 euros, todo ello por compra de Valores Santander.

-30/07/08: compra de Valores Santander por parte de ----- por importe de 177.425'32 euros (documento 3.d de la contestación).

-21/05/08: contrato de producto estructurado tridente con doble condición por importe de 300.000 euros (documento 4 de la contestación), por parte de -----.

-29/01/09: segundo contrato de producto estructurado tridente entre las mismas partes y por idéntico importe que el anterior (documento 5 de la contestación).

Partiendo de esas fechas, y aplicando la citada doctrina al caso de autos, debemos diferenciar entre los Valores Santander y los contratos de producto estructurado. Así, en el caso de los primeros y teniendo en cuenta que los demandantes estuvieron percibiendo las correspondientes liquidaciones, hasta que se produjo la conversión obligatoria en acciones en octubre de 2012, considero que no fue sino en este momento cuando pudieron tomar conocimiento de las características fundamentales del producto que habían contratado y del riesgo que habían asumido, de ahí que no pueda estimarse caducada la acción.

En cambio, para los segundos coincido plenamente con la parte demandada en situar en enero de 2009 el momento inicial, puesto que es evidente que en esa fecha, como muy tarde, los demandantes eran ya plenamente conscientes de las consecuencias del primer contrato que habían firmado, y que supuestamente no tenían nada que ver con lo que ellos pensaban que había contratado.

Es más, la mera circunstancia de haber tenido que acudir a un nuevo contrato para tratar de hacer frente a las consecuencias negativas del primero es clara muestra de que los demandantes eran ya plenamente conscientes de lo sucedido.

De esta manera, a mi juicio, el plazo de cuatro años se inició con la firma del contrato de producto estructurado tridente, 29 de enero de 2009.

Consecuentemente, la presentación de la demanda el día 15/10/2014 conlleva que la acción, respecto del contrato de mayo de 2008, se encontraba ya caducada, y ello incluso en el caso de que utilizáramos la reclamación previa a la entidad bancaria, en julio de 2013 (documento 7 de la demanda) para el cómputo del plazo de cuatro años.

En el caso de autos todo lo anterior conlleva que respecto de los Valores Santander la cuestión deberá analizarse desde el prisma de la concurrencia de error en el consentimiento, mientras que en el del Tridente se hará con respecto a la responsabilidad contractual por el incumplimiento de las obligaciones que pesaban sobre la entidad bancaria, generadora en su caso de una indemnización de daños y perjuicios.

TERCERO.- Error como vicio del consentimiento

La jurisprudencia tradicional de la Sala Primera sobre el error como vicio del consentimiento se recoge en las sentencias (ambas de pleno) de 20 de enero de 2014 y de 10 de septiembre de 2014.

Ambas sentencias parten de una premisa general: «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». Esta doctrina general se utiliza ya en las primeras resoluciones de la Sala en las que se trató la contratación de instrumentos *swap* (SSTS 683/12 de 21 de noviembre y 626/13 de 29 de octubre)

El error, sin embargo, ha de ser apreciado con cautela; entran aquí en juego principios como el respeto a la palabra dada (principio *pacta sunt servanda* consagrado en el art. 1091 CC) y el principio de conservación del negocio, principio que la propia Sala considera como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico. Hemos de recordar lo dispuesto en la reciente sentencia de 29 de enero de 2015 que señala textualmente que «[e]n relación a la conservación del contrato debe señalarse que se ha puntualizado su función interpretativa tras el reconocimiento de esta regla no sólo como un criterio de interpretación, *sino también como un auténtico principio general del Derecho*; [STS (Pleno) de 15 de enero de 2013 (núm. 827/2012)]. Destacándose su alcance general, como canon hermenéutico de la totalidad del contrato, con proyección en el tratamiento de la eficacia contractual que se derive. En los términos de la citada Sentencia de esta Sala: "Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos o *favor contractus*. Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermeneútico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y,

particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes Sentencias de 28 junio y 10 septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, *la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico* que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica».

Partiendo de estas premisas generales, las sentencias mencionadas, recogiendo la doctrina clásica, reiteran que es necesario que la representación equivocada merezca tal consideración, que el error sea esencial y que sea, además, excusable, es decir no imputable a quien lo sufre.

Respecto del primer requisito, disponen la sentencias reseñadas que «...[e]s necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, *como suficientemente segura y no como una mera posibilidad* dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. 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 CC)».

Respecto de la esencialidad del error, es necesario que el mismo recaiga sobre aquellas circunstancias que hubiesen sido determinantes para la celebración del contrato y que la representación equivocada se presente como razonablemente cierta. Transcribimos, por su interés, lo dispuesto en la sentencia de 20 de enero de 2014 respecto de la esencialidad del error: «...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 último, dispone la doctrina examinada, que el error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. En este aspecto, la Sala incide especialmente en la importancia que tiene la determinación de la condición del cliente; así, la doctrina clásica establece que si el error puede ser superado mediante el empleo de una diligencia media, no puede ser apreciado, ya que también merece protección la parte que confía en la apariencia que genera una relación comercial basada en una libre declaración de voluntad; sin embargo, en el ámbito de la contratación bancaria es absolutamente necesario examinar las circunstancias de las personas que contratan, declarándose por la Sala que es exigible una mayor diligencia al experto inversor que a aquel que carece o atesora muy poca experiencia en la contratación de instrumentos complejos; del mismo modo, la sentencia de 10 de septiembre de 2014 (con remisión a la de 10 de enero de 2014), realiza una afirmación,

desde nuestro punto de vista, de enorme calado ya que contiene la presunción de que una falta de información por parte del banco genera una falta de conocimiento suficiente que vicia el consentimiento («...[e]n 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 la sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014*».)

La doctrina relativa incidencia del incumplimiento del deber de información en la apreciación del error vicio, se resume en la sentencia de 7 de julio de 2014 y se reitera en otras como en la de 8 de julio de 2014 y la de 26 de febrero de 2015 y puede resumirse en los siguientes puntos:

«1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información —que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 *bis*3 LMNV)— es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

Por lo tanto, observamos claramente como la doctrina expuesta considera que existe error en el consentimiento cuando nos encontramos ante una deficiente información por parte de la entidad bancaria y los clientes no estaban familiarizados con la contratación de productos complejos; el argumento es de una lógica aplastante, pese a las alegaciones de las entidades bancarias, ya que, a menos que nos encontremos con inversores especulativos que invierten su capital con el fin de obtener rentabilidades muy altas a corto plazo (por lo que asumen el riesgo de pérdida de la inversión), un ahorrador medio (con independencia de que en algún momento de su vida haya invertido en productos de renta variable) únicamente busca, además de obtener algún rendimiento, la conservación de su capital, por lo que si en el momento de la oferta de estos productos se le hubiese advertido con claridad de todos los escenarios y de la posibilidad, aún remota, de pérdida de todos sus ahorros, la lógica hace suponer que no hubiese adquirido tal instrumento financiero; tales premisas tienen su origen no solo en la normativa sobre el mercado de valores, sino que entroncan directamente con la exigencia de la buena fe en la contratación.

CUARTO.- Tipo de producto

De la demanda y contestación, y de la voluminosa y extensa documentación acompañada a dichos escritos, así como de la información que puede extraerse de medios y sitios electrónicos, como el blog *¿Hay derecho?*, resulta que “la definición técnica de los ‘Valores Santander’ es algo compleja, si bien, en realidad, se puede describir de una forma bastante sencilla: el Banco Santander pidió prestado a sus clientes (un bono u obligación es un préstamo de los clientes a los bancos u otros emisores, en esencia) 7.000 millones de euros para financiar la compra del banco holandés ABN Amro.

Se comprometió a devolver el préstamo mediante un interés del 7,50% TAE el primer año y un Euribor más 2,75% después, hasta su vencimiento en octubre de 2012.

(...)Al ser obligaciones necesariamente convertibles en acciones (una obligación para el cliente), al vencimiento no nos devuelven el capital invertido, sino acciones.

(...) las acciones que nos entregarán no serán a precio de mercado a fecha del vencimiento, sino en base a un precio fijado al contratar el producto y una prima del 16%.

Un pequeño detalle, (...), es que si la acción cae, el cliente cobra con acciones sobrevaloradas; es decir, pierde dinero. Y las acciones perdieron valor y mucho; el canje final se marcó en 12,96 euros la acción, cuando en ese momento cotizaban a menos de 6 euros la acción (...), lo que se tradujo en una pérdida del 55% del capital, de un 32% si le restamos a la pérdida los intereses que cobraron los clientes. Esta explicación ya es algo más compleja, pero para simplificarla me baso en el folleto registrado en la CNMV el 19/09/2007, que en el capítulo 21, página 3, dice:

“Con ocasión de cada canje de los Valores Santander, las obligaciones necesariamente convertibles entregadas a los titulares de los Valores que hayan acudido al canje serán convertidas, a su vez, en acciones Santander. De este modo, los titulares de los Valores Santander que procedan a su canje adquirirán, indirectamente, acciones Santander”.

Por otro lado, en relación con el producto estructurado Tridente, para conocer las características del producto examinado puede acudir al informe pericial presentado por la parte demandante, emitido por Nuria María García Pascual, coincidente, en este aspecto, con el emitido por el otro perito, Julián José Barrios Sánchez.

Se trata de un bono estructurado autocancelable trimestralmente, por importe total de 150.000 euros, vencimiento a un año, referenciado a la evolución de las acciones de Telefónica SA, Iberdrola SA y BBVA SA.

Durante el año de plazo del producto se establecen cuatro fechas de valoración intermedias y una fecha de valoración final. En cada una de las fechas de valoración intermedia se toma como referencia el precio de las acciones subyacentes desde la fecha de referencia inicial (21 de mayo de 2008).

Si en alguna de las fechas de valoración previstas, el precio final de la acción con peor rendimiento es mayor o igual que el 50% de su precio inicial, el cliente recibirá una retribución fija igual al 90% sobre el importe principal invertido.

Tal y como afirma el segundo perito en su informe, el importe a recibir por el cliente depende de la evolución de las tres acciones subyacentes, pudiendo cancelarse anticipadamente si se daban determinadas condiciones.

A la vista de todo ello, y de lo expuesto en dichos informes, se trataba de un producto complejo y de alto riesgo. Todo lo cual evidentemente tiene una notable repercusión en la diligencia exigible a la entidad bancaria.

A la vista de todo ello, y como no podía ser de otra manera, la parte demandada aceptó en la audiencia previa que ambos productos eran complejos, lo cual evidentemente tiene una notable repercusión en la diligencia exigible a la misma.

QUINTO.- Legislación aplicable antes y después de Mifid

Las características que he expuesto acerca de los productos vendidos por la entidad demandada, en particular la nota de complejidad, han hecho que el legislador haya impuesto una carga informativa y explicativa, enunciada como norma de conducta, a la entidad comercializadora del producto tendente a la protección de los inversores la cual debe desplegarse con carácter previo y con las características señaladas por el propio legislador.

Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio, hasta la reforma operada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre (aplicable a contratos celebrados hasta el 21 de diciembre de 2007) en su Art 79. 1. (según redacción Ley 44/2002 de 22 de noviembre) ya obligaba a la entidad de crédito a “comportarse con diligencia y transparencia en interés de su cliente” y “disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Por ello, también resultaba aplicable el RD 629/1993 de 3 de mayo que desarrolla la Ley el cual ya imponía a las entidades financieras el deber de recabar información para conocer la experiencia inversora del cliente.

Además de dichas normas, la STS de Pleno de 18 de abril de 2013 nos recuerda que también son de aplicación las siguientes normas:

a) La Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables. Esta sentencia, también considera que han de ser tenidas en cuenta, a efectos interpretativos, las previsiones de la Directiva MiFID para los contratos celebrados tras su entrada en vigor, aunque la misma no hubiera aún sido transpuesta a nuestro ordenamiento.

b) El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba la previsión de normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores.

c) La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrolla parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

d) La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, que desarrolla específicamente el código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión.

A partir de la reforma operada por ley 47/2007 de 19 de diciembre (en vigor desde 21 de diciembre de 2007) la cual traspone, entre otras, la Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, (aplicable a contratos celebrados a partir del 21 de diciembre de 2007 aunque su Disposición Transitoria Primera -Plazo de adaptación de las entidades que presten servicios de inversión- establece que: "Las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley" -junio 2008-).

Dicho deber de información se ha reforzado todavía más, sobre todo en lo que se refiere a clientes minoristas, con el RD 217/2008 de 15 de febrero (en vigor desde 17 de febrero de 2008), el cual traspone, entre otras, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y exige:

La Normativa MiFid según Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 y Reglamento 1287/2006 de la Comisión tiene por objetivo determinar las normas de conducta entre la entidad financiera y el cliente según sea o no minorista y, por ello, necesite o no un mayor nivel de protección.

En este punto, no está de más hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo número 840/2013, de 20 de enero de 2014, en la que el Alto Tribunal señala que para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap , al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de

información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional ". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas ".

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

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento ".

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

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado ".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art.19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes

condiciones:

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

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

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

SEXTO.- Tipo de cliente

Entrando ya propiamente en el examen de las cuestiones de fondo, es fundamental analizar a qué tipo de cliente se le ofrecieron los productos examinados, partiendo para ello del hecho no controvertido de que todas las operaciones, independientemente de quien figurara formalmente como titular, fueron llevadas a cabo por -----, tanto en su propio nombre, como en su condición de progenitor de -----, y como comunero de -----.

A este respecto, en la demanda se presentó a ----- como un cliente minorista y con un perfil moderado de riesgo, y que pensaba en todo momento que lo que estaba adquiriendo eran depósitos similares a un plazo fijo con una buena rentabilidad, desconociendo los riesgos inherentes a los mismos. Alega igualmente que no sólo no recibió información previa a la celebración de los contratos sino que tampoco la recibió durante la vida de los productos, ignorando así las pérdidas que estaba sufriendo. Y ello tuvo especial repercusión a la hora de adquirir los productos ahora examinados, al tratarse de un cliente con estudios básicos, sin experiencia en temas financieros, que confió en la entidad bancaria (departamento de banca privada además) para gestionar el dinero procedente de la herencia de su padre.

La parte demandada, obviamente, discrepó de la presentación realizada por la parte actora, alegando la notable experiencia de ----- en la contratación de productos financieros complejos.

Y para fundamentar esta afirmación ofreció un listado de los productos titularidad del mismo o de la CB, como documento 6, en el que pueden destacarse, entre otros, los siguientes: Fondo de Inversión Santander Renta Fija Latinoamérica, Santander Renta Fija Clase B, Santander Selección Renta Variable, Santander Emergentes Europa, Santander Renta Fija Privada, Santander Renta Fija Largo Plazo Clase A, Fondo de Inversión Santander Small Caps España, Santander Mixto Renta Fija 90/10, Santander Renta Fija Emergentes Plus.

Los documentos 7 a 10 de la contestación evidencian el carácter complejo y de alto riesgo de algunos de esos productos.

Podría alegarse que se desconoce las fechas de contratación de esos productos, y que la tenencia de los mismos no es óbice para que la demandada fuera escrupulosa en la venta de todos y cada uno de ellos.

Sin dejar de ser cierto esto último, hay que destacar que la parte demandante, de manera interesada obviamente, no hizo referencia alguna a ni uno sólo de todos esos productos, ofreciendo un perfil del mismo muy distinto del real.

Y en cuanto a las fechas de dichos productos, el documento 25 de la contestación evidencia que alguno de esos fondos de inversión databa incluso del año 1999, y que -----, en los ejercicios fiscales 2008 a 2011, era titular de un notable paquete de acciones de empresas como el propio Banco Santander, Telefónica o Repsol.

En la información fiscal del año 2007 de ----- (documento 28 de la contestación) ya aparece un fondo de inversión: Santander Estrategia Inflación Plus (300.000 euros en enero de 2007), Santander Dividendo Europa Clase A (dos contrataciones en enero y febrero de 2007 por importe total de 300.000 euros) Santander Financiero, Santander Beneficio Europa, Santander Selección Premier Agua.

Los documentos 3.a, 3.b, 3.c y 3.d de la contestación a la demanda no hacen sino corroborar los extremos anteriores, evidenciando el último de ellos que entre enero y febrero de 2007 la entidad ----- suscribió nada menos que seis fondos de inversión.

Obviamente, la lectura que se extrae de todo ello es radicalmente distinta de la imagen que pretendió proyectar el actor en su demanda.

SÉPTIMO.- Suscripción de Valores Santander: error en el consentimiento

Pasando ya a analizar el primer bloque de operaciones, los Valores Santander, la parte actora ejercita acción de nulidad por vicio del consentimiento de los contratos de adquisición suscritos con la entidad demandada, una primera tanda, en octubre de 2007, y una segunda tanda en julio del año siguiente, por importe total de 577.425'32 euros.

En esencia, fundamenta su pretensión en el error esencial del consentimiento sufrido pues pensó que sus ahorros estaban invertidos en plazos fijos y nunca pensó que lo que estaba firmando era la adquisición de Valores Santander, operaciones que podían conllevar la pérdida de la totalidad o gran parte de la suma invertida. Justifica dicho error en el hecho de que la parte demandada no le dio, en los términos legalmente exigidos, la información necesaria y preceptiva.

La parte demandada niega los hechos alegando que la parte actora, cuando concertó los productos de autos, conocía y entendía su funcionamiento y riesgos y que la parte demandada no infringió sus obligaciones, tratándose además de un cliente con experiencia en este tipo de productos.

Por ello deberá examinarse si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la adopción de la nulidad contractual instada con carácter principal, y por tanto la doctrina aplicable para que el error sea susceptible de anular un contrato.

Para ello, lo primero será averiguar si la parte demandada cumplió con la carga que sobre ella pesaba de acreditar que cumplió con su obligación de información en los términos exigidos por la Ley de Mercado de Valores 24/1998, y demás normativa anteriormente citada.

Ello, en el caso concreto ahora sometido a consideración, conecta necesariamente con el perfil del cliente, al que he hecho referencia anteriormente, extremo sobre el que la parte demandada hizo particular énfasis.

Pues bien, lo primero que llama la atención es que, en relación con las primeras cuatro operaciones, no consta ni siquiera la fecha en que se firmaron las órdenes de compra, dato que no aparece ni en los documentos aportados con la demanda (documento 1) ni con la contestación (documentos 2A a 2D). Pero eso no es lo más llamativo, sino el hecho de que documentalmente no consta nada más acerca de esas operaciones ni de la manera y modo en que la entidad bancaria suministró información sobre los productos contratados a la parte demandante.

Todos esos extremos deben confiarse a las declaraciones de los testigos. No obstante, partiendo además del interés de dichos testigos en justificar la corrección de la actuación del banco y con ello de la suya propia, ----- expuso que la suscripción de los Valores Santander se fraguó en dos reuniones: la primera para explicar el producto, y la segunda para confirmar la compra.

Esta circunstancia fue confirmada por -----, responsable territorial de Banca Privada, y encargado de relacionarse con ----- . Dicho testigo afirmó que llamaron al cliente para comentarle el producto porque su perfil se adecuaba. En este punto, no está de más hacer hincapié que, de haber estado vigente la normativa Mifid en esos momentos, hubiera sido obligación de la parte demandada realizar los dos test, el de conveniencia y el de idoneidad, al tratarse de una relación de asesoramiento, y no de mera comercialización. Ello sí se llevó a cabo en la operación de julio de 2008.

Volviendo a la declaración de dicho testigo, relató que explicó al cliente que los valores se iban a convertir en acciones, tratándose de una manera distinta de invertir en acciones; que si salía mal podía aguantar las acciones, percibiendo un cupón siempre sobre el nominal invertido; y que a los cinco años tenía que comprar las acciones.

¿Quiere ello decir que se expuso debidamente el riesgo inherente a la operación? ¿Quiere ello decir que el cliente sabía que podría llegar a tener que adquirir acciones a un precio muy superior a su cotización oficial en el momento de la compra, lo cual conllevaba una pérdida importante de su inversión inicial? A mi juicio no, pues no consta que tal información se proporcionara de manera debida y suficiente al cliente con carácter previo a la formalización de la operación.

El citado testigo expuso que en la primera reunión utilizó el documento 15 de la contestación (tríptico de condiciones de emisión de los Valores Santander) para exponer el producto al cliente y que antes de la normativa Mifid catalogaban al cliente dependiendo de dónde venía el dinero y de sus perspectivas de inversión.

Sin embargo, en las actuaciones no consta que se entregara tal tríptico al cliente, ni el análisis realizado por la demandada previa a la suscripción examinada, debiendo destacar que el dinero para las operaciones ahora enjuiciadas y para las expuestas al analizar el perfil procedía, no de operaciones especulativas o de ganancias empresariales, sino de la venta de unas tierras, tal y como expuso el Sr. -----.

La última de las operaciones referida a los Valores Santander goza de algún soporte documental más, pero insuficiente a todas luces a los efectos ahora considerados, pues si bien es cierto que consta la fecha (documento 2E de la contestación), nada se aporta relativo al examen de las particularidades y características del cliente, y a sus necesidades y preferencias

de inversión.

Es cierto que constan dos test, uno de conveniencia y uno de idoneidad (documento 5 bis de la contestación a la demanda), consecuencia inevitable, por mucho que lo niegue la demandada, del servicio de asesoramiento prestado por la misma, pero no consta a qué operación concreta van referidos los mismos, ni el resultado de dichos test, son de la misma fecha que la operación ahora examinada, se ignora por quien fueron realizados y las respuestas aparecen rellenas al parecer de manera automática. Hay que indicar que no fue practicado el interrogatorio de la parte actora, al no interesarlo la demandada, y los testigos que depusieron no ofrecieron información relevante acerca de la forma en que fueron realizados dichos test.

Estas circunstancias impiden conocer si la información que se proporcionó a la parte demandante era apropiada en los términos exigidos por la Ley de Mercado de Valores, y si contenía una adecuada explicación de las características del producto y en especial sus riesgos.

Es más, lo anterior evidencia que la entidad no obtuvo de forma adecuada la información necesaria sobre el cliente para comprobar su perfil inversor, tanto en conocimientos, como en oportunidad de la inversión.

Con esa forma de actuar, la entidad bancaria permitió que la parte demandante adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

De esta forma la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba de dicha circunstancia y así entenderse que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

Por ello, la consecuencia de todo lo expuesto, a mi juicio, no puede ser otra que la de considerar que la parte actora incurrió en error esencial respecto de los contratos de adquisición de Valores Santander objeto de autos al no conocer de forma cabal su funcionamiento y los riesgos de los mismos, ya que dicho error recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, suponiendo estar contratando un plazo fijo o producto análogo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias; excusable, en el sentido de no imputable a la parte actora que lo ha sufrido, sino a la parte demanda que no facilitó la debida información; e inevitable, ni siquiera con una diligencia media o regular, partiendo de la naturaleza y características de los productos de inversión objeto del presente procedimiento.

Del mismo modo, resulta obvio la relación de causalidad entre el comportamiento de la entidad bancaria, a la hora de asesorar a su cliente, y la compra efectuada por este, basándose precisamente en la información, más bien en su falta, proporcionada por aquélla.

OCTAVO.- Suscripción de Tridente: responsabilidad civil contractual

Las consideraciones anteriores acerca de la caducidad de la acción de anulabilidad en relación con la suscripción del producto estructurado Tridente conllevan que la relación contractual entre las partes deba ser examinada exclusivamente bajo el prisma del artículo 1101 del Código Civil, que establece que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas, lo que supone, como ha señalado la jurisprudencia (vid. SAP Zaragoza, sección 4ª, de 10 de mayo de 2013) la exigencia de un comportamiento diligente en el cumplimiento de las "obligaciones", es decir, no necesariamente de las asignadas por un contrato específico, sino también de las obligaciones legales, ya que el precepto se integra dentro del Título I del Libro IV del CC y, por tanto, trae su causa inmediata del artículo 1089 del mismo texto legal, según el cual las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

En el caso examinado, se formula una petición de resarcimiento de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1.101 CC, sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual por la demandada, concretamente de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad, derivadas todas ellas de la normativa citada.

Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 CC son, según la jurisprudencia, 1.- La preexistencia de una obligación. 2.- Su incumplimiento, debido a culpa o negligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor. 3.- La realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes. 4.- Nexo causal entre aquella conducta y los daños producidos.

La valoración de las pruebas practicadas sobre los hechos que integran esta acción, supone la acreditación del incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales y contractuales, entendiendo por tales las establecidas en las inherentes a la gestión de la orden de compra del producto estructurado Tridente (documento 2 de la demanda), las establecidas en la LMV y en su normativa de desarrollo.

Sentado lo anterior, visto el ámbito fáctico y normativo en el que se dilucida la presente litis, debemos tener en cuenta la posición de ambas partes y su actuación en la contratación de los productos financieros objeto de autos, y en concreto valorar la información ofrecida por la entidad demandada, antes y después de la contratación, es decir si se cumplió el deber de información por parte de la entidad demandada.

Así, examinada la prueba practicada en el acto del juicio, en relación a la contratación del producto estructurado en mayo de 2008, debemos concluir que la parquedad documental, si cabe, es aún mayor, pues únicamente contamos con el propio contrato.

Ahora bien, dicho contrato adolece de algunas lagunas. Así, en el mismo se dice en la página 8 que ha sido suscrito en todas sus páginas, pero sólo esa aparece firmada. Y además no es la última, sino que al parecer constaba de dos páginas más, integrantes del Anexo, que aparece firmada en la última página pero no en la anterior.

En la descripción de los riesgos se hace referencia a que el importe de devolución podría llegar a ser cero, pero utilizando una terminología que requiere de informaciones adicionales para llegar a alcanzar un entendimiento apropiado partiendo del conocimiento inherente a una persona con una diligencia media.

Ahora bien, más allá de lo que aparece recogido en dicho contrato no consta ningún otro tipo de documentación entregada a la parte contratante, ni información sobre el tipo de producto y sus riesgos. Tampoco consta soporte documental que recoja la oportunidad de la inversión para el cliente ni la adecuación de la misma a sus expectativas y deseos.

Es de destacar el hecho de que, comparando dicho contrato con el firmado posteriormente en enero de 2009, ante las notables pérdidas experimentadas en sólo siete meses de vigencia del originario contrato, se aprecia claramente cómo en ese segundo sí se destacó claramente y manera totalmente comprensible la posibilidad de que se perdiera íntegramente la inversión realizada.

Por otro lado, no consta, pese al carácter aún más complejo y arriesgado de este contrato (en el que se depende de la evolución del precio de las acciones de tres compañías distintas), que se realizara ningún test de conveniencia ni de idoneidad.

Ello determina que todo pase por la información que el cliente recibió de parte de los empleados de la entidad bancaria, en este caso -----.

Y dicho testigo afirmó que sólo participó en la venta del Tridente, aunque luego hizo referencia a la compra de los Valores Santander, y manifestó que realizó él las preguntas de los test, pese a que, en relación con el producto estructurado, no constan dichos test en autos.

En lo concerniente a dicho producto estructurado, manifestó que le indicó al cliente que podía perder dinero, pero no consta que le informara de manera comprensible para el mismo de la posibilidad de perder todo el capital invertido o una parte sustancial del mismo. Hizo referencia a un programa de power point en el que se reflejaban las características del producto, pero se desconoce el contenido y las características del mismo.

Además, expuso que nadie podía prever que fuera a caer tanto la bolsa, de ahí que pueda presumirse de manera razonable que no explicó o expuso de manera demasiado detallada dicho escenario de caída y consecuente pérdida de capital.

También afirmó que mantenía reuniones periódicas con el cliente, y que en las mismas siempre contaban con la hoja de posiciones del mismo, analizando así la evolución de los productos contratados y sus posibilidades futuras de inversión. Sin embargo, no consta documentalmente la periodicidad de tales reuniones (una simple agenda hubiera bastado) ni el contenido de las mismas, ni los temas tratados, ni la información suministrada ni ninguna otra circunstancia sobre las mismas. Ni siquiera pudo acreditarse el número de reuniones que hicieron falta para que se materializara la compra de dicho producto estructurado.

De esta manera, en cuanto al cumplimiento de los mencionados deberes de información, no se consiguió acreditar por la demandada, que dicho cumplimiento se haya producido y que tras un adecuado estudio del perfil del suscriptor se le informara individualizadamente de las complejidades de la inversión.

Así las cosas, podemos concluir que dado el perfil de la demandante, y las características del producto -muy complejo- y la omisión de los deberes de información de la entidad, no solo es perfectamente posible sino también excusable, que en el momento de la suscripción, la actora, pensara erróneamente que los productos que le ofrecía su interlocutor de

confianza en la entidad, respondían a las características deseadas, seguridad máxima, disponibilidad y rentabilidad, pudiendo, al mismo tiempo y por las mismas razones, fácilmente adivinar que, si hubiera sabido que existía la posibilidad no sólo de no obtener rentabilidad alguna sino también de llegar perder el principal invertido, nunca hubiera celebrado el contrato impugnado.

Por lo tanto debemos concluir que examinada la prueba practicada en el acto del juicio, ha quedado acreditado que ni en la fase pre contractual ni en la fase contractual se ofreció a la parte actora una información completa, clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones, máxime cuando no era una persona experimentada y no tenía un conocimiento financiero adecuado para comprender este tipo de contratos complejos.

Por lo tanto debo concluir, que la entidad demandada, no cumplió el estándar de diligencia e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a la demandante la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo.

Y ello debe afectar igualmente al posterior contrato de enero de 2009, documento 3 de la demanda, pues el mismo no es sino consecuencia de ese incumplimiento inicial y relevante de la entidad demandada, de ahí que deba quedar igualmente sin efecto.

Este incumplimiento de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida. Concurriendo asimismo el resto de los requisitos de la acción que sirve de base a la petición indemnizatoria de la actora, pues, la misma ha sufrido un perjuicio económico real, y se produce el nexo causal entre la conducta de la entidad demandada, y los daños producidos a la actora.

Lo expuesto en los dos últimos fundamentos de derecho conlleva la estimación íntegra de la demanda, declarando la nulidad de los contratos de compra de los Valores Santander por error en el consentimiento, y la resolución contractual de los dos contratos de producto estructurado Tridente por incumplimiento de obligaciones legales, con la consecuencia jurídica descrita en el fundamento de derecho siguiente.

NOVENO.- Consecuencia Jurídica.

En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha estimación de la demanda, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con los artículos 1101, 1124 y artículo 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma de 877.425'32.- euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra, descontando la totalidad de los importes recibidos por la parte actora como rentabilidad de los productos contratados (tanto los rendimientos de los Valores Santander como los cupones del depósito Tridente) con el interés legal correspondiente desde la fecha de las respectivas liquidaciones parciales, como consecuencia de la obligación legal de restitución recíproca.

No obstante, a la hora de fijar la cantidad total, la parte demandada deberá incluir las cantidades que, en su caso, hubiera percibido como comisiones durante la vigencia de los contratos ahora declarados nulos o resueltos, con el interés legal correspondiente.

Del mismo modo, la parte demandante deberá restituir las acciones recibidas en su día, a raíz de la conversión de los valores en acciones en octubre de 2012.

DÉCIMO.- Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada, sin que quepa apreciar dudas de hecho ni de derecho.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

FALLO

ESTIMO la demanda formulada a instancia de ----- (en nombre propio y de sus hijos -----) e -----, representados por el Procurador D. Javier Blasco Mateu, contra la mercantil Banco Santander SA, representada por el Procurador D. -----, y:

-DECLARO la nulidad de los contratos de adquisición de Valores Santander celebrado entre demandante y demandada en fechas 04/10/07 y 30/07/08, por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento.

-DECLARO la resolución de los contratos de producto estructurado Tridente celebrados entre demandante y demandada en fechas 21/05/08 y 29/01/09, por el incumplimiento del deber legal de información por la entidad demandada.

-CONDENO a la demandada a la devolución de la suma de 877.425'32.- euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra, descontando la totalidad de los importes recibidos por la parte actora como rentabilidad de los productos contratados (tanto los rendimientos de los Valores Santander como los cupones del depósito Tridente) con el interés legal correspondiente desde la fecha de las respectivas liquidaciones parciales, como consecuencia de la obligación legal de restitución recíproca, debiendo la demandante restituir las acciones recibidas con ocasión de la conversión de los valores; y con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de VEINTE días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo acuerdo y firmo.