



REMITENTE: Juzgado de Primera Instancia Nº 10. Santa Cruz de Tenerife

DESTINATARIOS

<u>Nombre</u>	<u>Nº colegiado</u>	<u>Colegio</u>
		Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Maria Renata Martin Vedder	184	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

NIG: 3803842120170000052
Orden Jurisdiccional: Civil
Procedimiento: Procedimiento ordinario 0000009/2017

RESOLUCIÓN NOTIFICADA

SENTENCIA TEXTO LIBRE ABSOLUTO



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10
 Avda. Tres de Mayo nº3
 Santa Cruz de Tenerife
 Teléfono: 922 34 93 50
 Fax.: 922 34 93 49
 Email.: instanc10.sctf@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
 Nº Procedimiento: 000009/2017
 NIG: 380384212017000052
 Materia: Sin especificar
 Resolución: Sentencia 000127/2017
 IUP: TR2017000383

Intervención:
 Demandante
 Demandado

Interviniente:
 BANCO SANTANDER S.A.

Abogado:

Procurador:
 Maria Renata Martin Vedder

NOTIFICADO
 RENATA MARTÍN VEDDER

07-07-17

PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
 Tel.: 922 246 456 - Fax: 922 241 265
 C/. Villalba Hervás, 5 - 4º
 38002 SANTA CRUZ DE TENERIFE

SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife, a 30 de Junio de 2017.

Vistos por la Iltra.Sra. Dña. [REDACTED] Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia número Diez de los de esta ciudad, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos bajo el número **9/2017** y promovidos, como demandante, **Don [REDACTED]** representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Renata Martín Vedder y asistida por el Letrado Don Carlos Zurita Pérez contra **BANCO SANTANDER S.A.** representada por el Procurador de los Tribunales Doña [REDACTED] de [REDACTED] y asistida por el Letrado Don [REDACTED] sobre Acción de Nulidad de Contrato de Producto Estructurado Tridente .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la representación de la parte demandante se interpuso demanda de juicio ordinario contra la referida parte demandada, demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminaba por suplicar se dictase sentencia por la que se declare la nulidad de los contratos de Producto Estructurado Tridente de [REDACTED] de [REDACTED] y junto con sus intereses desde la contratación, todo ello con expresa imposición de costas al demandado.

SEGUNDO .- Admitida la demanda a trámite, se emplazó a la parte demandada para que compareciera en autos y contestase a la demanda. Por la representación de la parte demandada compareció en plazo contestando a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO .- Las partes fueron convocadas a la celebración de la Audiencia previa, que tuvo lugar en la forma que consta en el acta levantada al efecto. En dicho acto se llevaron a cabo las actuaciones previstas legalmente, concluyendo el mismo con la proposición y admisión de las pruebas útiles y pertinentes para la acreditación de los hechos controvertidos, en la forma en que quedaron fijados en tal audiencia, y se señaló día y hora para la celebración del juicio.

CUARTO .- En el día y hora señalados se celebró el acto del juicio, que comenzó con la práctica de la prueba propuesta y admitida consistente en documental y testifical. Acto seguido las partes manifestaron por su orden sus conclusiones sobre el resultado de las pruebas





practicadas, para acabar informando sobre los argumentos jurídicos en que apoyaban sus respectivas pretensiones, quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante manifiesta que tenía una estrecha relación de confianza con la entidad demandada y que sus ahorros de su actividad profesional como autónomo se encontraban depositados en Banco Santander , que el Banco le ofreció un producto diciéndole que se adaptaba a sus necesidades y contrató un producto a plazo fijo con la idea de que su dinero no corría peligro que lo vendían como un producto novedoso con el que la entidad bancaria pretendía premiar a clientes especiales. Suscribió el ~~Á~~de ~~Á~~de ~~Á~~un producto estructurado y el ~~Á~~de ~~Á~~de ~~Á~~el Banco le ofreció cambiar el producto a coste cero pero contratando un segundo producto .El Banco Santander le proporcionaría el dinero para destinarlo a suscribir parte del producto ,confiando en el asesoramiento que le estaba proporcionando suscribió el Contrato de Producto Estructurado Tridente de ~~Á~~de ~~Á~~de por importe de 1.600.000 euros (documento n.º 3).Ese mismo día para poder afrontar el principal destinado al estructurado suscribió un Préstamo Personal Variable de fecha ~~Á~~de ~~Á~~de ~~Á~~por importe de 1.000.000 Euros y también una pignoración para garantizarse el Banco el cobro del préstamo. El demandante habría de devolver el principal del préstamo junto con intereses además de poner en riesgo su propio capital en beneficio del Banco ,con la pignoración del propio producto estructurado. Alega que solicita la nulidad del suscrito en el año ~~Á~~ligado a la evolución de VEINTICINCO SUBYACENTES sólo tres cotizan en el mercado español y que venían arrastrando una tendencia negativa en la cotización desde el inicio de la crisis .Manifiesta que el demandante tiene un perfil conservador y defensivo ,y que busca siempre la protección del capital que invierte y no acepta pérdida de la inversión, no se ha interesado nunca por productos especulativos y de alto riesgo financiero, al carecer de conocimientos financieros específicos en esta materia, necesarios para comprender estos contratos. Alega que no se le informó de que se trataba de un producto complejo que no se ajustaba al perfil del demandante. Solicita la nulidad de la póliza de Préstamo Personal Variable de ~~Á~~de ~~Á~~de ~~Á~~al tratarse de un negocio causal dependiente del Contrato de Producto Estructurado Tridente , por la vinculación existente entre ambos contratos porque el demandante la suscribe al estar vinculada con la contratación del producto estructurado , la causa de la póliza de préstamo es la suscripción del estructurado ,alega que por todo ello la póliza de préstamo empleada para suscribir el contrato principal es también nula .

Solicita se declare la NULIDAD por vicio del consentimiento prestado del CONTRATO DE PRODUCTO ESTRUCTURADO TRIDENTE DE FECHA ~~Á~~DE ~~Á~~DE ~~Á~~y de la PÓLIZA DE PRÉSTAMO PERSONAL VARIABLE DE ~~Á~~DE ~~Á~~DE ~~Á~~por manifiesto vicio en el consentimiento con obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente lo que hayan percibido y se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir al demandante en un millón seiscientos mil euros 1.600.000 euros más los intereses legales de la cantidad total invertida ,debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses ,comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente del demandante como consecuencia del contrato suscrito ,sin perjuicio de la obligación del demandante de devolver las prestaciones recibidas sin que dichas prestaciones devenguen interés legal así como al pago de las costas procesales.

El demandado se opone alegando que fueron inversiones realizadas libremente y cuyo





resultado no ha sido el esperado ,que su funcionamiento y riesgos son de fácil comprensión y constan advertidos en el contrato y en la documentación precontractual entregada al demandante ,que el riesgo del producto consiste en la posibilidad de perder todo o parte del capital invertido en el caso de que la cotización de las acciones subyacentes disminuya por debajo del nivel de barrera establecido según el contrato .Que el Banco ofreció al actor la posibilidad de reestructurar el ~~ÁAde ÁÁÁÁÁÁde ÁÁÁÁÁÁ~~ el contrato de ~~ÁÁde ÁÁÁÁÁÁÁÁde ÁÁÁÁÁÁ~~ con la finalidad de retrasar el plazo de vencimiento del mismo con la esperanza de que el funcionamiento del mercado pudiera ser más favorable al cliente en una fecha de vencimiento posterior .Que se trata de un producto claro y sencillo y que el contrato advierte de la posibilidad de que genere una pérdida de todo o parte del importe principal. Alega que la actora tenía experiencia en contratación de productos financieros y que el contrato es adecuado a la experiencia profesional y al perfil inversor del demandante. En ~~ÁÁÁÁÁÁde ÁÁÁÁÁÁ~~ el demandado solicitó la cancelación anticipada de la reestructuración sin esperar al vencimiento lo que fue aceptado por el Banco tras la decisión unilateral del cliente que recuperó el 60,20% del importe inicialmente invertido. Alega que el demandante es empresario y que tiene perfil inversor por la contratación de productos financieros de distinto tipo y riesgo .Ha sido titular de acciones de BBVA,BANCO SANTANDER,BANESTO,ENAGAS,IBERIA,INDITEX,YTELEFÓNICA(documento n.º 6 y 8). y de VALORES CONVERTIBLES en el año ~~ÁÁÁÁÁÁ~~ por importe de 150.000 euros y OPCIONES FINANCERAS en ~~ÁÁÁÁÁÁde ÁÁÁÁÁÁ~~ y también suscribió PARTICIPACIONES PREFERENTES por importe de 250.000 euros, habiendo suscrito con anterioridad PRODUCTOS ESTRUCTURADOS que le reportaron importantes beneficios .

Manifiesta que sometió al demandante a los cuestionarios de conveniencia e idoneidad previamente a la suscripción de la Reestructuración. Alega que antes de la Reestructuración que impugna la actora suscribió el Tercer Producto Estructurado el ~~ÁÁde ÁÁÁÁÁÁÁÁde ÁÁÁÁÁÁ~~ que advierte de los riesgos de la inversión y en especial de la posibilidad de perder todo el capital invertido .Que la reestructuración del producto estructurado era una opción más que el Banco ofrecía a sus clientes y se expuso al actor que la reestructuración suponía sustituir el producto anteriormente contratado por otro nuevo que estaba ligado a un subyacente distinto y que no garantizaba recuperar el 100% del capital y que lo ofrecía como alternativa al vencimiento en los propios términos del contrato. Alega que se informó adecuadamente al actor sobre la naturaleza y los riesgos de la reestructuración .Como consecuencia de la cancelación anticipada de julio de ~~ÁÁÁÁÁÁ~~ el Sr. García recibió una cantidad inferior a la invertida 963.200 euros más el importe de 56.000 euros recibidos en concepto de cupones y que fue una decisión imputable al demandante. Que tenía experiencia inversora previa y que recibió información y documentación completa ,detallada, clara e idónea sobre las características y riesgos de los productos que firmó .Habiendo cumplido todas las obligaciones de información que le impone la normativa sectorial en la contratación de los productos. Solicita la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- SUSCRIPCION DEL DENOMINADO CONTRATO DE PRODUCTO ESTRUCTURADO TRIDENTE DE FECHA ~~ÁÁde ÁÁÁÁÁÁÁÁde ÁÁÁÁÁÁ~~ y de la PÓLIZA DE PRESTAMO PERSONAL VARIABLE DE ~~ÁÁde ÁÁÁÁÁÁde ÁÁÁÁÁÁ~~ (documento nº3) con fecha de vencimiento el ~~ÁÁde ÁÁÁÁÁÁÁÁÁÁÁÁde ÁÁÁÁÁÁ~~ que fue cancelado de forma anticipada el ~~ÁÁde Á~~ de ~~ÁÁÁÁÁÁ~~ (documento n.º 20 de la contestación).





Se trata de un derivado financiero sin garantía de devolución del capital ya que dicha devolución así como el rendimiento de dicha inversión ,va a depender de las subyacentes .

Del relato de los hechos se deduce que la razón o esencia de la petición se basa en un error en el consentimiento por falta de la información adecuada acerca del comportamiento de este tipo de Contrato posterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MIFID.

Viniendo a coincidir esta Juzgadora con los criterios expuestos en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (**Sala de lo Civil, Sección 1ª**) **Sentencia num. 269/2017 de 4 mayo que se pasa a transcribir** porque se considera especialmente clara al efecto .

“ CUARTO.- 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 (RCL 1993, 1560) , 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 (RCL 2007, 2302) , 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 (LEG 1889, 27) 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 (RCL 2015, 1659 y 1994) 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 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)».

QUINTO

- Como consideración previa, es preciso recordar que es criterio de esta sala el de que la valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y su suficiencia, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación. En el caso, las razones de la decisión adoptada por la sentencia recurrida se basan en una valoración jurídica de la cuestión





que no se ajusta a los criterios que esta sala ha considerado que deben regir en la apreciación del error vicio en la contratación de productos financieros:

1.ª) El primer contrato de producto estructurado celebrado por las partes y cuya nulidad se solicita en la demanda fue concertado el 28 de septiembre de 2006, antes de que entrara en vigor la Ley 47/2007 (RCL 2007, 2302), que transpuso a Derecho interno la Directiva «MiFID». Conforme a los hechos probados, no cabe apreciar que la entidad demandada observara el deber impuesto por la normativa pre-«MiFID» consistente en ofrecer al demandante una información comprensible y adecuada sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que le podía comportar su contratación.

El art. 2 LMV (RCL 2015, 1659 y 1994) considera productos financieros sujetos a su regulación este tipo de depósitos, incluso con anterioridad a la reforma de dicho precepto por la Ley 47/2007, puesto que ya calificaba como tales los contratos financieros a plazo que estuvieran referenciados a un subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquidaran y aunque no fueran objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Por tanto, no son meros depósitos bancarios, ni simples imposiciones a plazo, sino productos estructurados de carácter financiero, sujetos a la normativa del mercado de valores.

En el caso, ante las discrepancias entre el actor y los empleados del banco (directora de la oficina y el responsable del servicio de banca privada que explicó al actor las características del producto), la sentencia recurrida declara que no existe prueba sobre la forma en que le fue explicado el producto por los empleados del banco, pero concluye que «el actor tuvo un conocimiento, cuando menos aproximado de en qué consistía la operación y cómo funcionaba el producto» teniendo en cuenta sus antecedentes (condición de empresario y perfil inversor) y el contenido del documento que firmó.

No es conforme con la doctrina jurisprudencial que la sentencia de la Audiencia Provincial encuentre razones bastantes para excluir la existencia de error. Ello por la complejidad, el carácter especulativo y alto riesgo del producto estructurado contratado, 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. A estos efectos, no es suficiente información del riesgo que se asume al proceder a la suscripción del producto la que alude a la posibilidad de «pérdida de parte» del capital ni tampoco la explicación de que, si alguna acción hubiese experimentado en su valor una pérdida de más del 40%, a su vencimiento se devolvería el capital minorado en la pérdida de dicho valor y, a modo de ejemplo, tomando como base la evolución del valor de las acciones de BBVA, se indique que si toca esa barrera del 40% y al vencimiento cae un 7% se devolvería el 93% del capital.

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).

2.ª) A la hora de excluir el error o de apreciar su excusabilidad, esta sala ha declarado que el hecho de que el cliente sea un empresario no justifica que pudiera conocer los riesgos del producto contratado (sentencias 244/2013, de 18 de abril , 11/2017, de 13 de enero). La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no resulta de la actuación empresarial en actividades ajenas al sector financiero (en el caso, empresas de fabricación de carpintería y acondicionamiento de interiores).

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. Es doctrina de la sala que tampoco el hecho de que en la contratación interviniera el asesor fiscal de la empresa excluye el carácter excusable del error (sentencias 633/2015, de 13 de noviembre , 11/2017, de 13 de enero). No basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad (sentencia 549/2015, de 22 de octubre).

En el presente supuesto, por lo demás, no solo no se ha afirmado por la sentencia recurrida que el asesor fiscal fuera experto en la contratación de productos financieros complejos del tipo de los contratados, sino que ni siquiera se considera probado, a la vista de la contradicción entre las declaraciones de las partes y los testigos, que su actuación fuera de asesoramiento. Por ello, contra lo que argumenta el banco en su escrito de oposición, es irrelevante a estos efectos que el cliente fuera presentado a los empleados del banco por un asesor fiscal.

Por lo que se refiere al «perfil inversor» del cliente, ha quedado acreditado el hecho de que en los últimos años el actor ha realizado operaciones de compraventa de acciones e inversiones en valores de renta fija compleja, como las obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander. Sin embargo, valorar a partir de estos hechos un perfil inversor a efectos de calificar jurídicamente como inexcusable el error al celebrar el contrato litigioso concertado el 28 de septiembre de 2006 no es un argumento que se compadezca con la doctrina de esta sala, porque el hecho que se valora como relevante es la adquisición por el cliente, con posterioridad a la celebración del contrato litigioso, de unas obligaciones convertibles de la propia entidad, que por lo demás fue sancionada administrativamente y la sanción confirmada por los tribunales, por no cumplir con la obligación básica de recabar información del inversor, tal y como exigía la ley tratándose de la venta de un producto calificado como complejo por contener un derivado implícito.

Es definitiva, es doctrina de esta sala la de que:

«Es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente





a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios» (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 676/2015, de 30 de noviembre , y 310/2016, de 11 de mayo).

3.ª) No puede aceptarse el razonamiento de la sentencia recurrida de que la falta de información sobre la evolución del producto fuera irrelevante a efectos de la valoración jurídica del error en la contratación, puesto que la ignorancia acerca del valor del capital invertido que se podría recuperar es expresión del error inicial del cliente y además explica la finalidad con la que se celebró el segundo contrato.

Propiciado un error por la insuficiente información en la celebración del contrato de 28 de septiembre de 2006, no es conforme con la doctrina jurisprudencial de esta sala que la sentencia recurrida encuentre intrascendente tal error inicial como consecuencia de la celebración de un nuevo contrato el 28 de enero de 2009.

Esta sala ha reiterado que no supone confirmación la celebración de contratos de forma sucesiva (sentencias 12/2016, de 1 de febrero , 19/2016, de 3 de febrero , 503/2016, de 19 de julio , 691/2016, de 23 de noviembre , 107/2017, de 17 de febrero) ni que, conocido el riesgo que encerraba el contrato, y del cual no fue informado suficientemente, el cliente optara por una cancelación consensuada con el banco (sentencia 744/2015, de 30 de diciembre) o que, descubierto el error, aceptara el canje de las acciones con ánimo de incurrir en las menores pérdidas posibles (sentencia 584/2016, de 30 de septiembre).

En el presente caso, ante la realidad acreditada de que el capital invertido en el contrato celebrado el 28 de septiembre de 2006 se había reducido al 7%, la única finalidad a la que respondía la celebración del contrato de 28 de enero de 2009 era la de recuperar parte del capital invertido y como tal se ofreció por el banco al cliente. No solo, por tanto, desde el punto de vista subjetivo del cliente acerca de las razones que le llevaron a contratar y rechazar las otras opciones que se le presentaban (mantener la inversión inicial o cancelarla por el valor de mercado de ese momento), también porque la propia oferta realizada por la entidad para la contratación del nuevo producto y la reestructuración del anterior se dirigía de manera específica a los clientes con productos financieros estructurados cuyo valor fuera en ese momento inferior al 30% del importe invertido inicialmente. La elección de esta alternativa, dirigida a recuperar parte del importe inicialmente invertido en el producto financiero original comportaba una transformación del mismo, puesto que el cliente no desembolsaba nuevo capital, sino que el banco ingresaba en la cuenta asociada al contrato marco la misma cantidad invertida inicialmente y, al mismo tiempo, suscribía por ese importe un nuevo producto.

En consecuencia, el comportamiento del cliente, por el hecho de celebrar el contrato de 28 de enero de 2009, no puede valorarse como desacorde con la voluntad de impugnar el contrato inicial, ni tampoco implica una convalidación del error padecido. Contra la valoración realizada por la sentencia recurrida en el sentido de que el error inicial habría desaparecido, hay que entender que la voluntad de querer recuperar el capital invertido, de la que es manifestación el contrato de 29 de enero de 2009, es compatible con la impugnación del primer contrato y por ello no convierte en intrascendente ni hace desaparecer el error inicial. Es irrelevante por ello que para la celebración de este contrato el cliente contara con asesoramiento, porque lo que





debe valorarse es la compatibilidad de la celebración de este contrato con la impugnación del primero y, por las razones explicadas, no cabe apreciar tal incompatibilidad.

SEXTO

Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que el criterio de enjuiciamiento empleado por la Audiencia Provincial contradice la jurisprudencia de esta sala, que ha declarado que la insuficiente información sobre estos productos complejos y de riesgo, como son los productos estructurados, presupone la existencia de error vicio salvo que concurren circunstancias excepcionales (en especial, el carácter experto del cliente) que en el presente caso no concurren.

Por ello, procede estimar el recurso de casación y revocar la sentencia de la Audiencia Provincial.

Por las razones antedichas, procede declarar la nulidad tanto del contrato de producto estructurado de fecha 28 de septiembre de 2006 como del contrato de producto estructurado tridentede fecha 28 de enero de 2009, causalmente vinculado al primero, pues su celebración se dirigió, sin realizar un nuevo desembolso por el cliente, a recuperar parte del capital inicialmente invertido.

La declaración de nulidad de los referidos contratos conlleva la restitución recíproca de lo recibido por ambas partes, con la finalidad de devolver las cosas a la situación anterior a la suscripción del primer contrato, en los términos dispuestos por el art. 1303 CC (LEG 1889, 27). En consecuencia, Banco Santander S.A. debe restituir 300.000 euros, con los intereses desde el momento que se entregaron y D. Pablo Jesús debe restituir todos los rendimientos percibidos por el primer contrato y su posterior reestructuración, con sus intereses desde las fechas que fueron satisfechos.

TERCERO.- La prueba practicada revela que en fecha ~~AAA~~ de ~~AAAAA~~ de ~~AAAAA~~, entendiendo el Banco que la evolución de los mercados lo aconsejaba y ante la caída de valor que había sufrido el contrato del ~~AAAAA~~, aconsejó al actor la reestructuración del producto estructurado suscrito el ~~AAA~~ de ~~AAAAA~~ de ~~AAAAA~~, cancelando el mismo y suscribiendo un nuevo producto, por un principal de 1.600.000 euros y fecha de vencimiento el ~~AAA~~ de ~~AAAAA~~ de ~~AAAAA~~ (5 años), sin que en dicha operación de reestructuración se ampliara o precisara la información facilitada para la suscripción del "Tridente" inicial de ~~AAAAA~~ de ~~AAAAA~~. Con carácter adicional a la falta de información sobre los elementos del producto, que no fue completada en el ~~AAAAA~~, el estructurado Tridente de fecha ~~AAA~~ de ~~AAAAA~~ de ~~AAAAA~~ tiene como activo subyacente una cesta de valores compuesta por 25 acciones , siendo relevantes a efectos del producto las cinco acciones de entre las veinticinco con peor cotización, lo que introduce un elemento de complejidad adicional respecto del instrumento contratado en octubre de ~~AAAAA~~.

Por lo expuesto de la prueba practicada ha quedado acreditado que no se trataba de un cliente con la cualidad de profesional del mercado de productos financieros y de inversión. No existe prueba sobre la forma en que le fue explicado el producto por los empleados del banco ,teniendo en cuenta que el demandante es empresario tiene una cafetería y un negocio de venta de automóviles. La documentación unida a los autos no permiten conocer de forma fácil el funcionamiento del producto y el alcance del riesgo. El hecho de que el cliente ya hubiera contratado un producto similar no conlleva que tuviera experiencia inversora si tampoco se les facilitó información.





que en el año ~~XXXXXX~~ participó en la reestructuración de los otros tridentes del ~~XXXXXX~~ y ~~XXXXXX~~, que el cliente estaba preocupado en ~~XXXXXX~~ de ~~XXXXXX~~ por la caída fuerte del mercado , ya tenía pérdidas y valoró si cancelaba o hacía una reestructuración por el mismo nominal con un plazo de 5 años , que pasaron de 4 a 5 meses hasta que decide la reestructuración .Que el cliente no veía la pérdida que estaba teniendo y ella se lo explicó .Hizo la reestructuración y quedaron los clientes mejor que si hubiesen vendido porque perdía más de un 70% ,cuando le dan la opción de reestructuración de la Cesta 25 .Manifestó que no sabe porque sale en la Información Fiscal que es un depósito a plazo fijo y no un Tridente.Que se trata de un producto amarillo y que las acciones son verdes.Que el producto estructurado va vinculado con acciones. Se le califica de moderado al cliente y dice que puede contratar un tridente .Que tenía reuniones periódicas que mantenían se planteaban alternativas o vender a precio de mercado y perder o alternativa de inversión para intentar recuperarse . Si en el primer tridente hubiese vendido a mercado la pérdida hubiese sido mayor que la reestructuración que se le ofreció .

De estas declaraciones se desprendería formalmente un adecuado nivel de información pero no tienen, sin embargo, la credibilidad suficiente para entender que se llevo a cabo ese proceso de información verbal y que supliera las carencias de la información precontractual escrita. No existe prueba suficiente sobre la forma en que fue explicado el producto de inversión al no incorporarse a los autos las gráficas con los 3 escenarios posibles de la evolución del producto que se le explicaba al cliente a lo que se refirieron los testigos.

No consta acreditado que se le diera información suficiente y clara adecuada al perfil de un cliente sin estudios, el Banco sólo tuvo en cuenta los antecedentes de inversiones anteriores, los testigos manifestaron que no tenía estudios universitarios ,se dedicaba a un negocio de cafetería y de venta de automoviles ,en función de ese perfil tenían que suministrarles una información adecuada e imparcial antes de suscribir el producto sobre los detalles relativos a qué riesgo se asume , que circunstancias depende y a que operadores económicos se asocia tal riesgo datos que son esenciales porque se integran en la causa principal de su celebración , pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

Lo expuesto permite presumir la existencia del error vicio en el consentimiento por el demandante en la contratación del producto reestructurado y en la póliza de préstamo porque ambos contratos son dependientes y están vinculados. Sino se anula la póliza de préstamo , la demandada habrá obtenido un beneficio económico de un contrato nulo por lo que la nulidad del estructurado supone la nulidad de todos aquellos actos que se deriven del mismo ya que la financiación bancaria fue suscrita para contratar la Reestructuración firmada con la entidad bancaria.

Por todo lo expuesto procede declarar la nulidad de los contratos celebrados por las partes , , por vicio del consentimiento prestado del CONTRATO DE PRODUCTO ESTRUCTURADO TRIDENTE DE FECHA ~~XX~~ DE ~~XXXXXX~~ DE ~~XXXXXX~~ y de la PÓLIZA DE PRESTAMO PERSONAL VARIABLE DE ~~XX~~ DE ~~XXXXXX~~ DE ~~XXXXXX~~

Declarar que las partes deben restituirse recíprocamente todas las cantidades percibidas en razón de estos contratos , con sus intereses, calculados al tipo del interés legal, desde el momento en que fueron entregadas. En consecuencia, Banco Santander S.A. debe restituir 1.600.000 euros, con los intereses desde el momento que se entregaron y el demandante debe restituir todos los rendimientos percibidos con sus intereses desde las fechas que fueron satisfechos.



