





JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1  
Avda. Tres de Mayo, nº3  
Santa Cruz de Tenerife  
Teléfono: 922 34 92 52  
Fax.: 922 34 92 55  
Email.: instancia1.sctf@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario  
Nº Procedimiento: 0001005/2017  
NIG: 3803842120170013279  
Materia: Acción declarativa  
Resolución: Sentencia 000104/2019  
IUP: TR2017077476

Intervención:  
Demandante

Interviniente:

Abogado:

Procurador:

Maria Renata Martin Vedder

Demandado

BANCO SANTANDER, SA

## SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife, a 22 de mayo de 2019.

Vistos por la Iltrma Sra. Dña. M<sup>a</sup> RAQUEL ALEJANO GÓMEZ, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife los presentes autos de Procedimiento ordinario, nº 0001005/2017 seguido entre partes, de una como demandante D.

dirigido por el Abogado D.

y

representado por la Procuradora Dña. MARIA RENATA MARTIN VEDDER y de otra como demandada BANCO SANTANDER, SA, dirigido por el Abogado D.

y representado por la Procuradora Dña.

sobre Acción declarativa.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Dña. Renata Martín Vedder en nombre de D.

se presentó demanda de juicio ordinario, contra la entidad Banco Santander SA., alegando los hechos y fundamentos que estimó procedentes, suplicando que previos los trámites legales se dictase sentencia por la que estimando la demanda se declare:

1.- la nulidad del contrato de producto Estructurado Tridente, de fecha 20 de mayo de 2009, 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 a la actora 300.000 euros, más los intereses legales de la cantidad total invertida, debiendo la demandada restituir igualmente cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente del actor como consecuencia del contrato suscrito, sin perjuicio de la obligación del actor de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.

Subsidiariamente, para el hipotético supuesto de que la nulidad por manifiesto vicio en el consentimiento no fuese estimada, se declare:

1.- Que el Banco Santander SA, ha incumplido con sus obligaciones tanto de información clara, veraz, correcta, suficiente y oportuna, sobre el contrato de producto Estructurado de 18 de julio de 2006 y el contrato de Producto Estructurado de 20 de mayo de 2009, tanto antes de

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





su contratación como con posterioridad a ello, así como que incumplió sus obligaciones de asesoramiento diligente, depositaria y gestión leal del producto.

2.- Que Banco Santander SA debe indemnizar a la actora por la pérdida de la inversión realizada, resultante de restar al nominal invertido (300.000 euros), el importe de la liquidación efectuada en la fecha de vencimiento, más los intereses legales del dinero desde la fecha de contratación del producto estructurado en autos

3.- La condena en costas a la demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda por Decreto 26 de diciembre de 2017, se emplazó al demandado, compareciendo representado por la Procuradora

que se opuso a lo solicitado, alegando la caducidad de la acción de anulabilidad por vicios en el consentimiento, negando la existencia de error en el consentimiento y alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó, suplicando que se dictase sentencia por la que se desestimase íntegramente la presente demanda, condenando al demandado al pago de las costas.

**TERCERO.-** Convocadas las partes a la Audiencia Previa, comparecieron los litigantes habiendo manifestado no haber acuerdo, el demandante se ratificó en su escrito de demanda, y solicitó el recibimiento del pleito a prueba y la demandada en su escrito de contestación a la demanda, proponiéndose la prueba y practicándose en el acto del juicio la que se estimó procedente, quedando los mismos pendientes para dictar sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de este juicio se han observado los trámites y prescripciones legales, excepto el de dictar sentencia en plazo.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Ejercita la parte actora acción de nulidad contractual sobre la base de los siguientes presupuestos fácticos: el demandante que es profesional del mundo del marketing, era cliente del Banco Santander y como consecuencia de haber vendido un inmueble tenía los ahorros depositados en la entidad demandada; que ésta le ofreció un producto que se ajustaba a sus necesidades y al que podría destinar los ahorros con rentabilidad superior al resto de los productos, seguro y garantizado; por ello suscribió el contrato de Producto Estructurado de fecha 18 de julio de 2006; en 2009 la entidad bancaria se volvió a poner en contacto con él para ofrecerle un cambio a coste cero, pero presentándolo como una actualización que tenía que suscribir de modo obligatorio; el actor suscribió el Contrato de producto Estructurado Tridente de 20 de mayo de 2009 (documentos 2 a 4); que dicho producto tiene como pago un cupón variable y posteriormente la devolución del principal, en función de si se produce por cancelación anticipada por condición objetiva o si es a vencimiento; que el cupón variable se podría devengar en las fechas correspondientes entre 2010 y 2014 ambos inclusive, y se percibiría una rentabilidad del 3,5% sobre el principal en cada una de esas fechas siempre y cuando en esas fechas, se cumpliera que la cesta relevante de esa fecha sea superior o igual al 65% de la cesta relevante en la fecha inicial, de modo que que podría producirse la pérdida del capital de modo total; que no se le realizaron los test de conveniencia e idoneidad pese a ser cliente minorista y se produjo un error en el consentimiento por la contratación de productos no ajustados a su perfil de riesgo, que era conservador y defensivo; que se ha incumplido el contrato de asesoramiento para con el actor desde el año 2006 y por ello se han producido unos daños y perjuicios que solicita le sean reintegrados.



La parte demandada se opone a dicha pretensión alegando en primer lugar la caducidad de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, al haber transcurrido más de 4 años desde que hubiera advertido el error en el que hubiera incurrido; y se opuso a la acción ejercitada alegando que el actor conocía las características y riesgos financieros al haber tenido una completa información precontractual, contractual y postcontractual del alcance, funcionamiento y riesgos de estas inversiones que se ajustaban al perfil inversor del actor, siendo un producto de funcionamiento claro y sencillo en la exposición del riesgo que comporta, siendo el actor el que de modo libre y consciente suscribió dicho contrato; que dicho contrato se reestructuró lo cual supuso una novación extintiva del producto estructurado antes de su vencimiento.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo a resolver en relación con las pretensiones relativas a la nulidad de los Contratos de Compra, debemos entrar a conocer de la alegación de caducidad de la acción por aplicación de lo establecido en el art. 1303 C.c. Siguiendo la doctrina sentada en la SAP de Madrid de 26 de febrero de 2019:

“En cuanto a la fecha inicial del cómputo del plazo esta se fija con extraordinaria claridad en el artículo 1.300 del Código Civil en la de "la consumación del contrato". De tal manera que el cómputo de este plazo no se inicia desde la celebración del contrato, es decir desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio ( artículo 1.254 del Código Civil ). Sino desde su consumación, es decir desde que se han agotado por cumplimiento todas las obligaciones nacidas del contrato. De tal manera que si se ha fijado un plazo de duración del contrato, el plazo de prescripción o caducidad de los 4 años no puede comenzar a computarse antes de que el plazo contractual se haya cumplido que será cuando el contrato se habría consumado. No es que, la acción de nulidad, nazca con la consumación del contrato sin que pueda ser ejercitada con anterioridad, sino que puede ser ejercitada desde la celebración del contrato hasta su consumación, y , después de su consumación, durante el plazo de 4 años ( sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 579/2018 de 17 de octubre de 2018 -nº de recurso 3704/2015 - F.D. Segundo número 2 párrafo segundo "in fine")

Trasladando, lo que se ha dicho en cuanto a la fecha inicial del cómputo del plazo, a la acción de anulabilidad por haber prestado el consentimiento viciado por error en un negocio jurídico de adquisición de un producto financiero, hay que hacer una distinción fundamental entre aquellos productos financieros que tienen señalado un plazo de duración de aquellos otros productos financieros que no tienen señalado plazo de duración.

En los productos financieros que tienen fijado un plazo de duración (así las permutas financieras o "swaps") la fecha inicial del cómputo del plazo de caducidad o prescripción de los cuatro años de la acción no puede ser anterior a aquella en la que se acaba el plazo de duración del producto financiero (en este sentido se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 89/2018 de 19 de febrero de 2018 -nº de recurso 1388/2015 -, con la que se cambia el criterio anteriormente mantenido). De tal manera que, aun cuando, durante el plazo de duración del producto financiero, el adquirente del mismo haya podido tener conocimiento de la existencia de su error no puede comenzar el cómputo del plazo de los cuatro años antes de que se acabe el plazo de duración del producto financiero. En el



mismo sentido las sentencias de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo número 160/2018 de 21 de marzo de 2018 -nº de recurso 2671/2015 - no se refiere a un "swap" sino a un producto estructurado cuya fecha inicial era el 15 de febrero de 2007 y de vencimiento el 15 de febrero de 2010; 202/2018 de 10 de abril de 2018 -nº de recurso 686/2015-; 264/2018 de 9 de mayo de 2018 -nº de recurso 2183/2015- en caso de cancelación anticipada del "swap" antes de acabar su plazo final de duración debe tenerse, como fecha de consumación, la de la cancelación anticipada ; 579/2018 de 17 de octubre de 2018 -nº de recurso 3704/2015-; 580/2018 de 17 de octubre de 2018 -nº de recurso 3787/2015-; 587/2018 de 22 de octubre de 2018 -nº de recurso 566/2016-. Y ello porque debe estarse a lo que dice la ley que no permite el inicio del cómputo del plazo de los cuatro años con anterioridad al transcurso del plazo de duración del producto financiero. Siendo así que, en la inmensa mayoría de los casos, ese anticipo del inicio del cómputo del plazo de los cuatro años a la terminación del plazo de duración del producto financiero, perjudicaría al cliente- consumidor frente al Banco-profesional.

En los productos financieros que no tienen fijado un plazo de duración (participaciones preferentes, acciones...) la referencia legal a la consumación del contrato conduce a dos soluciones difícilmente conciliables con principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, o bien entender que se consuma con la celebración del negocio jurídico de adquisición del producto financiero (que determinaría la fecha inicial del cómputo del plazo de los 4 años) o bien entender que no se consuma nunca (con lo que jamás se iniciaría el cómputo del plazo de los cuatro años). De ahí que se establece como doctrina jurisprudencial, complementadora del ordenamiento jurídico ( artículo 1 apartado 6 del Código Civil ), que, en estos casos, la consumación del contrato, a efectos que determinan el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error, queda fijado en el momento en que, el cliente adquirente del producto financiero, haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error, de tal manera que 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 acordados por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

Esta doctrina jurisprudencial se estableció por primera vez en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 769/2014 de 12 de enero de 2015 (nº de recurso 2290/2012 ) y se hace con base en la siguiente argumentación:

" De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil , " [I]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 " .

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.

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".

Habiéndose reiterado esta doctrina jurisprudencial en otras sentencias posteriores de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo . Así en la número 376/2015 de 7 de julio de 2015 (nº de recurso 1603/2015 ); 718/2016 de 1 de diciembre de 2016 (nº de recurso 1400/2014 ); 734/2016 de 20 de diciembre de 2016 (nº de recurso 1624/2016 ) .

De esta doctrina jurisprudencial se desprende la prohibición radical y absoluta de identificar la consumación del contrato con su celebración . Pero tampoco se lleva la consumación al momento en que el cliente-demandante tuvo conocimiento de los riesgos del producto financiero sino desde el momento en que ese cliente-demandante, si hubiera desplegado por su parte una diligencia razonable, hubiera tenido conocimiento de los riesgos del producto financiero . Y, ese momento en que ya no puede el cliente-demandante invocar ignorancia de los riesgos del producto financiero, es el del inicio del cómputo del plazo de 4 años.

De las cuatro sentencias de la Sala de lo Civil que han tratado este tema y que hemos reseñado, la primera de ellas se limita a establecer la doctrina jurisprudencial y rechazar la identificación de consumación con celebración del contrato pero sin concretar la fecha inicial del cómputo . Pero en las otras tres sí se concreta. Y así en la sentencia 376/2015 de 7 de julio de 2015 , referida a un bono emitido por Lehman Brothers con un interés fijo de 7,25% durante los 5 primeros años y luego variable, se concreta el momento en la fecha en la que el Banco (Bankinter) le comunica al adquirente la quiebra de Lehman Brothers (septiembre de 2008). En la sentencia 718/2016 de 1 de diciembre de 2016 , referida a unas aportaciones financieras subordinadas de Eroski que devengaban unos cupones en favor del adquirente, se concreta el momento en la fecha en la que se cesó en el pago de los cupones (31 de enero de 2013). Y en la sentencia 734/2016 de 20 de diciembre de 2016 , referida a unas participaciones preferentes Caixa Galicia Serie A, se concreta el momento en la fecha en que la entidad de crédito fue intervenida por el FROB (30 de septiembre de 2011).

Respecto de la fecha inicial del cómputo del plazo de los 4 años cuando se trataba de productos financieros que tenían fijado un plazo de duración , y partiendo de la base de que jamás podía iniciarse el computo con anterioridad al día final del plazo de duración del producto financiero (aunque se hubiera tenido previamente conocimiento del vicio del consentimiento), queda por determinar si, en aquellos casos en los que el adquirente del producto financiero hubiera tenido conocimiento de los riesgos del producto financiero de haber desplegado por su



parte una diligencia razonable con posterioridad a la fecha final del plazo de duración del producto financiero, la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción o caducidad de los 4 años debe ser la fecha final del plazo de duración del producto financiero, o, por el contrario, la fecha posterior en la que el adquirente del producto financiero hubiera tenido conocimiento de los riesgos del producto financiero de haber desplegado por su parte una diligencia razonable. Nos decantamos por esta última postura de tal manera que, en estos casos, no se inicia el cómputo del plazo de los 4 años desde el día final del plazo de duración del producto sino con posterioridad desde el día en que el adquirente del producto financiero hubiera tenido conocimiento de los riesgos del producto financiero de haber desplegado por su parte una diligencia razonable.”

En el presente caso estamos ante un producto financiero con plazo de duración, que, en un principio, era el 20 de junio de 2014, fecha del pago del Cupón Variable en Valoración Final, de tal manera, que antes de esta fecha no puede comenzar a computarse el plazo de los cuatro años. Y, habiéndose presentado la demanda el día 1 de diciembre de 2017, a esta fecha aún no había transcurrido el plazo de los cuatro años, lo que conduce al rechazo de la excepción de caducidad opuesta por el demandado.

**TERCERO.-** La nulidad relativa o anulabilidad del negocio jurídico, a la que se refiere el artículo 1300 del Código Civil, puede tener lugar, entre otros supuestos, por la existencia de los llamados vicios de la voluntad. Y, por esta razón, son anulables los contratos que hayan sido celebrados con error esencial excusable, dolo causante, intimidación y miedo grave. A ello se refiere el artículo 1265 del Código Civil al establecer que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo".

El consentimiento viciado por error se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una creencia o presuposición inexacta; es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El error vicio de consentimiento se configura, como cabe desprender de la doctrina jurisprudencial que sintetiza la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 -y reiteran, entre otras, las Sentencias de la misma Sala de 29 de octubre de 2013, ó 20 de enero de 2014 -, conforme a los siguientes postulados:

I.- En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II.- En segundo término es preciso, para invalidar el consentimiento, que el error recaiga -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.

III.- En tercer lugar, es también preciso 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. En este punto, ha de tenerse presente que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas,



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



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.

IV.- En cuarto lugar, es asimismo preciso que las circunstancias erróneamente representadas - que pueden ser pasadas, presentes o futuras- hayan sido tomadas en consideración, en todo caso, y en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis del contrato. 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.

V.- En quinto lugar, 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.

VI.- En último término, es preciso que el error, además de relevante, sea excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Constituye un hecho indubitado que el producto litigioso fue recomendado por la entidad demandada, previo ofrecimiento y recomendación personalizada efectuados por el Director de la Oficina, que así lo declaró en el acto del juicio, en función del perfil que para él tenía el actor, y con el que mantenía relación contractual previa.

Esta circunstancia imponía a la entidad financiera, por virtud de la normativa PRE MiFID, vigente al tiempo de la suscripción del producto financiero litigioso, la obligación de asegurarse, en primer término, de que disponía de toda la información necesaria sobre la cliente demandante; y, en segundo término, a informar a ésta, antes de la perfección del contrato en cuestión, de los riesgos que comportaba la operación, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contiene en el artículo 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no bastaba con que esta fuera imparcial, clara y no engañosa, sino que debía incluir, de manera comprensible, información adecuada sobre el instrumento financiero y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumento o estrategia.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



En este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015 -reiterando la doctrina establecida por la Sentencia de la misma Sala de 10 de septiembre de 2014 - recuerda que "...con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba "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 de cálculo, 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".

El artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (...)".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El artículo 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

" 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos (...).

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"....".



Por consiguiente, como ha precisado, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015 , "... constituye doctrina jurisprudencial constante que, tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, como en la normativa PRE MiFID (el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación ...".

Debiendo tenerse presente, en este punto, que -como tiene reiteradamente establecido la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por todas, Sentencia de 17 de julio de 2018 - "... el simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, tratándose, como se trataba, de empresas que desarrollaban su actividad en un sector completamente ajeno al financiero y de inversión [...] es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- 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.

Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo.

[Información] que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros...".

**CUARTO.-** En relación a dicha obligación de asesoramiento y teniendo en cuenta el carácter de producto financiero complejo que, indudablemente, ha de atribuirse al producto financiero litigioso, por cuanto no resulta fácil conocer su valor en cualquier momento y hacerlo efectivo y por cuanto se trata de un producto derivado, ya que su valor "deriva" de la evolución de los precios de otro activo (activo subyacente) -carácter que, por otra parte, ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por todas, Sentencia 21/2016, de 3 de febrero -, la entidad financiera demandada venía obligada a facilitar al inversor, la información necesaria y adecuada para que ésta hubiere podido obtener un conocimiento, adecuado y cabal, sobre la retribución que iba a percibir, por la entrega del capital efectuada, y sobre el riesgo -asociado al producto- de la posibilidad de que pudiera dejar de percibirse retribución alguna y de la posibilidad de la pérdida de todo o parte de la inversión.

Debiendo tenerse presente -como precisó la referida Sentencia del Alto Tribunal de 3 de febrero de 2016 - que "... No basta con que en el contrato se haga mención de que "el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un



importe de devolución inferior al importe principal invertido", pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente ...".

En este sentido, la interpretación y valoración de los medios de prueba llevados a efecto en el curso del proceso, no proporcionan datos o elementos suficientes para poder afirmar, con la debida y necesaria certeza, ni que el actor tuviera la experiencia y conocimientos necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar los riesgos que asumía con este tipo de producto; ni que la entidad demandada hubiere dado cumplimiento a todas las obligaciones de información que legalmente le correspondían -extremo cuya carga probatoria indudablemente incumbía a la propia representación demandada-.

Efectivamente, del TEST DE IDONEIDAD efectuado por la demandada a la actora (documento 13) se desprende, por un lado, que la actora efectuó siempre la contratación de productos estructurados por recomendación de una entidad financiera, y que, por iniciativa propia, la actora únicamente contrató depósitos bancarios, fondos de inversión o adquisición de acciones, esto es, productos todos ellos NO COMPLEJOS -lo que, por otra parte, se corresponde con un perfil inversor moderado o equilibrado, como resulta del reseñado TEST DE IDONEIDAD, que, evidentemente, no es adecuado para un producto como el litigioso, que la propia demandada reconoce que es complejo, tal y como declaró el director de la sucursal en el acto de la vista y por tanto apropiado para un perfil arriesgado. No se ha probado por la entidad demandada que se hubieran planteado escenarios concretos alguno respecto al riesgo de pérdida de la inversión en supuestos de depreciación, por debajo de la barrera, de los activos subyacentes; y ello sin perjuicio de que no resulta suficientemente justificado que se hubiere entregado copia de dicho documento al actor, ni que el mismo se hubiere utilizado para facilitar al mismo la preceptiva información precontractual previa, ya que no puede considerarse suficiente, al respecto, el mero testimonio del empleado de la entidad financiera demandada que intervino en la comercialización del producto por su evidente parcialidad e interés, al resultar incuestionable que la fijación del hecho controvertido como cierto resultaba beneficioso o ventajoso para la propia entidad demandada.

**QUINTO.-** Esta insuficiencia de la información previa ofrecida por la entidad bancaria demandada -que supone un claro incumplimiento de los deberes inherentes a la obligación de asesoramiento que le incumbía- permite afirmar, por su parte, que el actor, al adquirir el producto litigioso, carecía de un conocimiento apropiado y suficiente del mismo, y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo inherente y asociado el producto. Conclusión que no se desvirtúa por el hecho de que dos años después, el 16 de mayo de 2008, el actor hubiere suscrito otro producto TRIDENTE, por cuanto no se han justificado, en modo alguno, ni su contenido, ni las condiciones en que el mismo fue comercializado, ni sus efectos o consecuencias.



En base a ello, resulta evidente que la representación mental que sirvió de presupuesto para la conclusión del negocio jurídico controvertido fue equivocada o errónea, lo que indiscutiblemente vicia el consentimiento prestado por un error, claramente excusable, al venir determinado por la deficiente e inadecuada información recabada y facilitada por la propia entidad demandada.

Efectivamente, como tiene reiteradamente declarado la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo -y recalca la Sentencia de 17 de julio de 2018 - la información que la entidad financiera que presta servicios de inversión viene obligada a facilitar "... 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.

A su vez, 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 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 ...".

En este sentido, debe recordarse que la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 -como recuerda la Sentencia de la misma Sala de 7 de julio de 2014 - fijó la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento del deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero y que 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.
- 3.- La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- 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 producto financiero complejo, 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.

**SEXTO.-** Por todo lo precedentemente expuesto, viciado por error el consentimiento prestado por la demandante para la conclusión del contrato al que el litigio se contrae, deviene procedente la declaración de nulidad relativa o anulabilidad del mismo. Declaración que determina, por imperativo legal, conforme a lo prevenido por el artículo 1303 del Código Civil, la recíproca restitución, por los contratantes, de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses.

Esta obligación de restitución recíproca de las prestaciones tiene como finalidad -como precisó la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1996 y recuerda la de la misma Sala de 12 de julio de 2006 - conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

En base a ello, y conforme a la doctrina establecida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2016, la entidad demandada debe restituir a la demandante el importe nominal del capital invertido, 300 000,00 euros, incrementado con sus correspondientes intereses legales devengados desde la fecha en que se produjo su pago y hasta su total satisfacción. Y correlativamente, la demandante deberá reintegrar a la demandada el importe de los rendimientos que hubiere podido percibir, con sus intereses desde la fecha de cada abono.

**SÉPTIMO.-** dada la estimación de la demanda, deben serle impuestas las costas a la demandada vencida, art. 394 LEC

Por todo lo cual y vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Renata Martin Vedder en nombre de D. frente al Banco Santander SA, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de producto Estructurado Tridente, de fecha 20 de mayo de 2009, 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 a la actora 300.000 euros, más los intereses legales de la cantidad total invertida, debiendo la demandada restituir igualmente cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente del actor como consecuencia del contrato suscrito, sin perjuicio de la obligación del actor de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.

Esta resolución no es firme, contra la misma cabe interponer recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (art. 455 LECn).



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS, En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LECn).

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**EL/LA MAGISTRADO-JUEZ**

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
RAQUEL ALEJANO GÓMEZ - Magistrado-Juez	23/05/2019 - 13:57:42
El código interno del documento es:	
El presente documento ha sido descargado el 23/05/2019 13:00:43	



