

Roj: SAP M 7963/2014
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 11
Nº de Recurso: 222/2013
Nº de Resolución: 273/2014
Fecha de Resolución: 21/07/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA MARGARITA VEGA DE LA HUERGA
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0003765

Recurso de Apelación 222/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 74 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1945/2010

APELANTE: CONSTRUCCIONES RUISERNA, S.L.

PROCURADOR D. / Dña. ISABEL SOBERON GARCIA DE ENTERRIA

APELADO: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D. / Dña. EDUARDO CODES FELJOO

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR. / SRA. PRESIDENTE:

D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

ILMOS/AS SRES. / SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. CESAREO DURO VENTURA

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

En Madrid, a veintiuno de julio de dos mil catorce.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por

los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1945/2010 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 74 de Madrid a instancia de **CONSTRUCCIONES RUISERNA, S.L.** como parte apelante, representada por la Procuradora Dña. ISABEL SOBERON GARCIA DE ENTERRIA contra **BANCO SANTANDER S.A.** como parte apelada, representada por el Procurador D. EDUARDO CODES FEIJOO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20/06/2012 .

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por *Juzgado de 1ª Instancia nº 74 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 20/06/2012* , cuyo fallo es el tenor siguiente:

"Que **desestimando** la demanda interpuesta por DÑA. ISABEL SOBERON GARCIA DE ENTERRIA en nombre y representación de CONSTRUCCIONES RUISERNA, S.L., frente al BANCO SANTANDER , S.A., debo absolver y absuelvo a este de las pretensiones ejercitadas en su contra, con condena en costas a la actora."

Con fecha 23 de julio de 2012, se dictó auto aclaratorio de la sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"SE RECTIFICA la *Sentencia nº 127/12 de fecha 20 de junio de dos mil doce* , en sentido de que donde se dice "... se suscribió por las partes una Póliza de Crédito con un límite de 2.400 euros a un año de plazo tácitamente renovable..." debe de decir "...se suscribió por las partes una Póliza de Crédito con un límite de 2.400.000 euros a un año de plazo, tácitamente renovable..." .

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de CONSTRUCCIONES RUISERNA, S. L., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, en tanto se opongan a los que se recogen a continuación .

PRIMERO.- El presente recurso trae causa del juicio ordinario promovido por **Construcciones Ruiserna S.L.** (en adelante Ruiserna S.L.) contra **Banco Santander S.A.** , tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia número 74 de Madrid, con el número de autos 1945/2010, sobre nulidad de contrato bancario denominado " **producto estructurado tridente** " (PET) suscrito el 25 de mayo de 2007 por vicio del consentimiento (dolo o error) y reclamación de cantidad.

La sentenciadesestima la demanda al entender que la demandante contrató el producto *estructurado tridente* con pleno conocimiento del mismo, que se negoció de forma individual con ella, contando también con información posterior a la suscripción del mismo, sin que se haya podido acreditar el engaño o error en la contratación, habiendo percibido la actora durante más de tres años cantidades derivadas del cupón, sin reclamación alguna, lo que es contrario a la doctrina de los actos propios.

Contra dicha resolución **formula recurso de apelación la actora**, alegando en

los dos primeros apartados, especialmente, las cuestiones sobre las que la sentencia nada dice, como las irregularidades cometidas por el Banco y sobre la desatención de reclamaciones, que el contrato íntegro fue remitido tardíamente a la demandante, exactamente dos años más tarde, a finales de enero del 2009, entregando a la demandante previamente sólo copia de la última hoja firmada. Reseña a continuación las distintas reuniones habidas entre las partes y denuncia que la sentencia omite todo pronunciamiento acerca del incumplimiento de la normativa reguladora del mercado de valores vigente en el momento de la suscripción del PET: sujeción a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), *artículo 65, 78, 79 y 79 bis*, modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que entró en vigor el *21 de diciembre de 2007. Normas de protección de la clientela impuestas por dicha ley*, relativas a garantizar una información pre contractual clara. También el Banco ha incumplido los deberes de protección del inversor, aludiendo el *artículo 4 de la Ley/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su redacción dada por la Ley 44/2002 de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero* respecto a lo que entiende por infracciones muy graves como el incumplimiento del deber de veracidad informativa debida a sus socios, a los depositantes, prestamistas y al público en general. Vigencia de los deberes impuestos por la *directiva MiFID, artículo 19* sobre normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes (página 34 y siguientes del recurso). El Banco no sólo no facilitó a la actora una información adecuada acerca del producto financiero que acabó vendiéndole, sino que la que le proporcionó era sesgada y distorsionada, planteando a Ruiserna S.L. una estrategia de inversión desorganizada, improvisada y siempre en función de los intereses del Banco. La demandante es un cliente minorista a quien se le debe otorgar el mayor nivel de protección, habiendo incumplido el Banco manifiestamente sus deberes básicos como obtener información necesaria sobre los conocimientos y experiencia de Ruiserna S.L. y sobre su situación financiera y sus objetivos de inversión, para comprobar la adecuación del PET a su perfil de inversora.

Siguiendo en esta línea, el apartado tercero del recurso versa sobre que el producto comercializado por Banco Santander no era adecuado al perfil conservador de la demandante. Se trata de un producto sin garantía de capital, con un cupón fijo más un cupón extra vinculado a la evolución de una cesta de varias acciones seleccionadas; es un producto apropiado sólo para inversores que tengan expectativas alcistas sobre el mercado de renta variable y, en concreto sobre la cesta de acciones que componen el producto. El riesgo para el inversor consiste en un mal comportamiento del mercado de renta variable, en concreto de las acciones que componen la cesta subyacente. Durante los años 2007 y 2008 la demandante invirtió en otra serie de productos financieros estructurados de menor importe así como en participaciones preferentes y convertibles del propio Banco de Santander sin proporcionarse por parte de éste la debida información sobre los altos riesgos asumidos por la actora. En el apartado cuarto se alega incongruencia omisiva y falta de fundamentación de la sentencia apelada, con vulneración del *artículo 218 en relación con lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la LEC*. En el quinto se esgrime la existencia de vicio en el consentimiento por error que determina la nulidad del contrato suscrito entre las partes, remitiéndose al fundamento de derecho tercero de la demanda. Y por último en el sexto se dice que las costas de la primera instancia deben ser impuestas al demandante de conformidad con el *artículo 394 de la LEC*.

Recurso al que se opone el demandado poniendo de manifiesto:

-- que la demandante está integrada en un grupo de empresas con un volumen de negocio de una estructura empresarial más que considerables y con experiencia y conocimientos sobrados en materia financiera y de inversión, y ha realizado una actividad inversora en productos de toda índole de forma continuada y constante disponiendo asimismo de asesoramiento externo. En ningún momento anterior a la interposición de la demanda ha planteado Ruiserna que no se le hubiera entregado el contrato íntegro.

-- Como se hizo constar en el juicio, don Jose Antonio, don Pedro Francisco y don

Baltasar acudieron a las oficinas de la actora con el objeto de exponer a doña Natividad , administradora de la misma, la situación de todos los productos estructurados contratados, particularmente el que es objeto del pleito y proponerle una reestructuración cancelando el anterior y suscribiendo uno nuevo en los términos que se observa en el documento nueve de la contestación; reunión en la que la referida administradora dio su consentimiento a la operación presentada. La efectividad de la citada operación se encontraba referida a enero del 2009 por cuestiones técnicas internas del Banco, sin embargo cuando a mediados de febrero don Jose Antonio y don Pedro Francisco acuden a las oficinas de la actora para suscribir un nuevo contrato, don Rosana manifestó su negativa a la firma.

-- El Banco habiendo vencido la póliza de crédito 10 de mayo de 2010 , sin llegar a un acuerdo para su renovación y concesión de un nuevo crédito, el 2 de junio de 2010 ordena la retrocesión contable e informática de la operación de reestructuración realizada abonando el cupón correspondiente al contrato de 25 de mayo de 2007 por 144.000 €, con fecha valor 29 mayo del 2009, si bien por una incidencia operativa la liquidación final del contrato que hubiera debido tener lugar a fecha 31 de mayo de 2010, junto con la liquidación final del cupón, no se realizó sino hasta el 23 de julio de 2010, si bien con fecha valor de 31 de mayo de 2010.

-- Carlos Miguel & Co es la empresa consultora y auditora de la demandante, ejerciendo el señor Jorge de interlocutor con el Banco en el proceso de negociación que tuvo lugar entre febrero y junio del 2010.

-- El Banco cumplió con la normativa aplicable en el momento de la contratación, esto es con lo dispuesto en el *artículo 79 de la LMV según redacción vigente en mayo de 2007, entendiéndose que no es aplicable la modificación de dicha Ley operada mediante la Ley 47/2007 de 19 de diciembre* , que es posterior, como tampoco era aplicable la directiva MiFID.

-- La demandante ha suscrito con anterioridad otros productos de inversión sin garantía del capital invertido a lo largo del 2007 y 2008, que ha sido cliente del Banco junto con el grupo de empresas del grupo desde hace más de 30 años, habiendo suscrito numerosísimas operaciones financieras.

Solicita en definitiva la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Los motivos del recurso se van a examinar de forma conjunta.

La apelante ejercita una acción dirigida a obtener la nulidad del "contrato de producto estructurado tridente" (PET) suscrito con "BANCO DE SANTANDER , S.A." en documento privado en Madrid el día **25 de mayo de 2007** , aportado a los autos, con efectos desde esa fecha, así como la nulidad de pleno derecho de cuantos cargos, liquidaciones, bonos o cualesquiera otras operaciones bancarias traigan causa de aquel contrato. Solicita también que se condene al Banco a pagar la cantidad de 1.909.589,44 € más el interés legal desde la suscripción del contrato, o subsidiariamente desde la fecha de la demanda, así como al pago de 74.481,94 euros en concepto de interés legal del dinero sobre el importe de 490.410,56 € desde la suscripción del contrato el 25 de mayo de 2007 hasta el 28 de julio de 2010 (que es cuando el Banco entrega esa cantidad a la actora). Cantidades todas ellas que se verán minoradas con el importe de las liquidaciones de cupones realizadas por el Banco demandado a favor de la actora en el curso del contrato PET.

Explica la demanda que el 11-7-2006 la actora firmó con el Banco una póliza de crédito con un límite de 2.400.000 €, con vencimiento el día 10 de mayo del 2007, prorrogable de forma tácita hasta el 11-7-08 (documento aportado a los folios 116 y ss), con el fin de adquirir un solar situado en Torremolinos para iniciar una nueva promoción, ya que el objeto social de la actora se centra en el sector de la construcción. Sin embargo la operación de compraventa fue anulada y el Banco planteo a la actora que le convenía renovar la póliza,

renovación que se produjo el 24 de mayo de 2007. Se trata del documento a los folios 123 y ss. Asimismo los empleados del Banco le convencieron para que invirtiera el importe de la póliza de crédito en productos financieros, con el capital garantizado, suscribiendo el producto cuya nulidad se solicita. La actora tiene un perfil conservador habiendo suscrito diferentes productos garantizados. El señor Pedro Francisco, director de la sucursal de BS entregó a la actora una única hoja del denominado "contrato de producto estructurado tridente" de 25 de mayo de 2007, que fue firmada por parte de doña Natividad en calidad apoderada de la actora, produciéndose la entrega de la fotocopia íntegra del contrato a finales de enero del 2009, lo que demuestra la existencia de un consentimiento viciado.

Según el contenido del contrato PET se desprende que se trata de un Producto Financiero Estructurado sin garantía de devolución del capital invertido, compuesto por un depósito de 2.400.000 euros que devengará una retribución o cupón fijo del 6% anual, pagadero, salvo cancelación anticipada, los días 29 de mayo de 2008, 29 de mayo de 2009 y 31 de mayo de 2010, más una remuneración o cupón extra vinculado a la evolución de la acción con peor rendimiento de **tres acciones subyacentes (ING GROEP, UBS AG y ALLIANZ SE)**. Estamos ante un producto complejo, adecuado solo para inversores de perfil arriesgado con expectativas alcistas sobre el mercado de renta variable, en el que la pérdida o ganancia dependerán de si el precio final de la acción de peor rendimiento de las tres subyacentes cumple en cada una de las fechas previstas en el contrato, las condiciones pactadas en cada fecha, esto es, si su precio es mayor, igual o inferior al de la fecha inicial que se fijó el día 29 de mayo de 2007. El inversor conseguirá al menos la devolución del capital si ningún precio de cierre de las acciones subyacentes ha sido inferior a su nivel de barrera (60% de su valor inicial) en ninguna fecha comprendida entre la fecha de inicio (29 de mayo de 2007) y la fecha de valoración final (26 de mayo de 2010). El riesgo para el inversor consiste, por tanto, en que no se den ninguna de las condiciones por un mal comportamiento en el mercado de renta variable de las acciones que componen la cesta subyacente, en cuyo caso no percibirá la retribución adicional y se producirá la pérdida de parte o todo el principal.

La demandante cobró tres cupones del 6% en las fechas pactadas, mayo de 2008, y mayo de 2009, si bien la última que debía haber sido en mayo de 2010, no se liquidó hasta julio de ese año por error del Banco, como este mismo reconoce. En el tercer y último año lo que ocurrió es que al ser inferior el valor de uno, al menos, de los tres títulos subyacentes, a su valor inicial, habiendo caído un 60% o más a lo largo de la vida del depósito, se aplica la fórmula contenida en el propio contrato, con la incidencia de que no se recupera el total del capital invertido (2.400.000 €), sino que el rendimiento negativo asciende a 1.909.589 €, por lo que sólo se recuperan 490.410,56 € del capital inicial, al tener en cuenta la pérdida de la acción subyacente que peor se hubiera comportado, esto es que más hubiera bajado.

En primer lugar hay que señalar que en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a fecha en que se contrató el PET no tiene *artículo 79 bis (que fue añadido por Ley 47/2007 de 19 diciembre 2007, el 21/12/2007)*, y en cuanto al *art. 79.1, (cuya redacción fue también modificada por la Ley 47/2007)* establece, en lo que aquí interesa; que: 1. 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, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) 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, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Efectivamente en la fecha de contratación, 25 de mayo de 2007, la normativa informativa (MIFID) que dimana de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre reformadora de la Ley del Mercado de Valores 24/88 de 19 de diciembre, como consecuencia de la incorporación a nuestro derecho de la Directiva 2004/39/CE de 21 de abril de 2004, y de la Directiva 2006/73/CE de 10 de agosto de 2006, no era aplicable por no haber entrado en vigor (lo hizo el 21 de diciembre de 2007).

La solicitud de que se declare la nulidad del contrato de producto estructurado tridente está fundada en un defecto de información que supuestamente ha llevado a la recurrente a un error excusable invalidante del consentimiento, cuestión que debe resolverse atendiendo al conocimiento que del producto tenían los representantes de la actora. Y en este punto, no se comparten los razonamientos de la sentencia recurrida, por cuanto de lo actuado se ha acreditado que la mercantil demandante, que actuaba frente al Banco a través de su representante y administrador solidario D. Rosana y de la hija de este y apoderada, doña Natividad, no es una inversora experimentada, de perfil arriesgado, con conocimientos y experiencia previa en productos de riesgo, sino que todos coinciden es que el perfil era conservador, aunque pretendía el mayor rendimiento, lo que por otro lado parece lógico. Aunque tuviera otros productos financieros contratados, ninguno era como este, ni se asumía tanto riesgo. Los testigos, director de la sucursal bancaria donde se firmó el contrato y otros empleados del Banco (encargados de la Banca Privada de BS) declararon en el acto del juicio que estos productos se explican sobre fichas, y en este caso se presentó el PET a los representantes de la actora como una posibilidad de poder afrontar los costes e intereses de la póliza de crédito, lo que no se lograba con el fondo de inversiones a corto plazo "plus" donde inicialmente se invirtieron los 2.400.000 del crédito, al frustrarse la compra de los terrenos. Cuando los resultados de estos productos estructurados empezaron a ir mal, los encargados correspondientes del Banco entraron en contacto con los clientes, como Construcciones Ruiserna S.L., para ofrecerles "reestructurar" dichos productos de manera que aquéllos no perdieran tanto dinero, lo que en definitiva no aceptó la sociedad actora al no firmar el documento en cuestión. Consta que hubo varias reuniones en esta fase, a la que asistían por BS responsables de alto nivel de Banca Privada, dado que el director de la sucursal estaba ausente, y además por tratarse la actora de un cliente importante para el Banco, por el volumen de negocio que tenía desde hacía muchos años con esta entidad bancaria. Pero todo ello se produce cuando ya se había firmado el PET, y los resultados eran francamente negativos para la sociedad demandante, sin que las otras ofertas paliaran suficientemente las pérdidas producidas. Se cuestiona, y no consta, que BS informara suficientemente a los representantes de Construcciones Ruiserna, cuyo testimonio, sin duda relevante, no fue solicitado por el Banco en el proceso. El propio director de la sucursal, señor Pedro Francisco declaró que no tiene un conocimiento profundo de este producto, que se diseñaba en Banca privada y que él no lo presentó al cliente. Luego parece acertado considerar que no fue la actora la que solicitó el producto.

Aunque no resultara aplicable en la fecha del contrato la normativa MiFID, lo cierto es que sí era de aplicación la Ley 24/1988 y el Real Decreto 629/1993, de 23 mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, (que luego se deroga por el *real decreto 217/2008 de 15 febrero*), y en concreto los artículos 78 y 79 en su redacción anterior a la Ley 47/2007, donde se manda a las entidades de crédito respetar las normas de conducta contenidas en la ley y aquellas otras que apruebe el Gobierno, debiendo comportarse (artículo 79) con diligencia y transparencia en interés de sus clientes

evitando los riesgos de conflictos de intereses, que de existir debían resolverse en interés de los citados clientes, asegurándose de que disponen de toda la información necesaria, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. Y en este caso no consta que BS haya facilitado toda la información precisa para que la actora pudiera conocer el verdadero alcance de lo contratado, de manera que su consentimiento puede decirse que fue prestado por error. Como se desprende del informe de la firma de auditores Carlos Míguez & Co. (a los folios 271 y ss) de fecha 20 de abril de 2009, el propio BS les remite valoración según la cual a fecha 31-12-08 el valor de la inversión del PET es de 636.282, 21 €, lo que significa unas pérdidas de 1.763.717,79 €, pérdida que aumenta a fecha 31-3-09. Riesgo este que no se deduce de la ficha aportada por BS con su contestación a la demanda (al folio 879) ni puede entenderse incluido en la genérica referencia a "sin garantía de capital", ficha que es la que se utilizaba para explicar este producto por BS a los representantes de la sociedad demandante. En cuanto a la entrega de un ejemplar completo del contrato en el momento de su firma, indica la actora que sólo se le entregó la última hoja, en concreto la que lleva la firma de ambas partes. Aun sin poder dar certeza a este extremo, lo innegable es que en dicho contrato, aportado ahora con la demanda a los folios 215 y siguientes, se dice en su penúltimo párrafo que "el titular declara recibir en este acto un ejemplar del presente contrato suscrito en todas sus hojas", y sin embargo sólo aparece firmado en la última hoja. Cuestión que abundaría en la valoración de que la información fue insuficiente.

De conformidad con la *STS Sala 1ª, de 12-11-2004*, (EDJ 2004/159583), que a su vez refiere la de 24 de enero de 2003 EDJ 2003/2541: "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar al consentimiento, así lo entienden las *sentencias de 14 EDJ 1994/1236 y 18 de febrero de 1994 EDJ 1994/1457*, *6 de noviembre de 1996 EDJ 1996/7616 y 30 de septiembre de 1999 EDJ 1999/28214*, señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia"; con cita de otras varias, la *sentencia de 12 de julio de 2002 EDJ 2002/27766* recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el *párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil* y establece que "será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos:

a) Ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste.

b) Que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste 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 la declaración".

Por otro lado la Ley 24/1988 de 28 julio del Mercado de Valores (LMV) dispone que las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas, y tendrán en cuenta sus conocimientos y experiencias a efectos de evaluar la idoneidad y conveniencia de un producto o servicio de inversión, siempre con la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, a quienes deben mantener en todo momento adecuadamente informados, con información imparcial, clara y no engañosa.

En el presente caso no consta acreditado el tipo de información facilitada a la

demandante, más allá de las declaraciones de los empleados de banca privada de BS en el acto del juicio, quienes afirman haber explicado al señor Donato o a su hija doña Natividad , diversos productos financieros en base a fichas, pero sin saber si le dejaron algún folleto o documentación para examinar, más allá de esa escueta ficha. Además el perfil de la mercantil actora era claramente conservador, lo que dista mucho del tipo de producto firmado, que a la postre supuso la pérdida de casi el 80% del principal. Tampoco las comunicaciones enviadas por el Banco son suficientemente expresivas de los riesgos asumidos, ni de la evolución de la inversión, ni se entiende en esta alzada contraria a la doctrina de los actos propios la contratación por la actora de otros productos financieros como tiene dicho el Tribunal Supremo.

Como ya se ha dicho no consta que la información facilitada por el Banco, en caso de existir, abarcara elementos fundamentales como que podía perderse la gran parte del capital, ni el resto de las características del producto financiero de alto riesgo contratado, pues a la firma del contrato no se le había proporcionado al cliente los folletos informativos del tipo de inversión, ni siquiera concretado en qué consistía la misma al referirse exclusivamente a bonos estructurados sin conocimiento claro y exacto de lo que se le ofrecía y sus consecuencias al tratarse de una inversión de riesgo no garantizada . Todo ello supone una infracción de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV), por falta de información que provocó error en el consentimiento prestado, que por ello deviene nulo acarreado la nulidad del contrato.

Como recoge la *STS Sala 1ª, de 11-2-2003, (nº 81/2003, rec. 1835/1997)*, y las que en ella se mencionan, en relación al *art. 1.303 CC* , en el que se establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra, es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley.

Por su parte matiza la *STS, Sala 1ª, de 26 de julio de 2000* que «el precepto anterior (*art. 1303 CC*) puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y sgs.) sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto.

En consecuencia a todo lo dicho procede estimar el recurso para, con revocación de la sentencia de primera instancia, estimar la demanda como se recoge en el fallo de esta resolución, si bien en cuanto al pago del interés legal sobre el importe de 490.410,56 €, se precisa que será desde el 31 de mayo de 2010 hasta el 28 de julio de 2010, que es cuando el Banco entrega esa cantidad a la actora, y no desde la fecha del contrato, pues los 490.410,56 €, debían pagárselos cuando terminase el contrato, o sea el 31-5-2010.

TERCERO.- las costas de la primera instancia se imponen al demandado, en virtud del *artículo 394.1 de la LEC* , sin hacer expresa condena de las de esta alzada, en aplicación del *art. 398.2 de la LEC* .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Isabel

Soberón García de Enterría, en nombre y representación de Construcciones Ruiserna S.L., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del *Juzgado de Primera Instancia nº 74 de Madrid, de fecha 20 de junio de 2012, aclarada por auto de 23 de julio de 2012*, que se revoca para, en su lugar, ESTIMAR la demanda promovida por la representación procesal de **Construcciones Ruiserna S.L. contra Banco Santander S.A. y en consecuencia:**

--Declaramos la nulidad del contrato de "Producto Estructurado Tridente suscrito entre las partes el 25 de mayo de 2007.

--Y condenamos al demandando a que pague a la actora la cantidad de 1.909.589,44 € (UN MILLON NOVECIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CENTIMOS) mas el interés legal de mora desde la interposición de la demanda, así como el interés legal del dinero sobre la cantidad de 490.410,56 € que se haya devengado desde el 31 de mayo de 2010 hasta el 28 de julio de 2010.

Las anteriores cantidades se verán aminoradas con el importe de las liquidaciones de cupones que se hayan realizado por Banco de Santander a favor de la demandante, en el curso del contrato PET.

Con imposición de las costas de la primera instancia a parte actora, y sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la *Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0222-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe