

Roj: STS 319/2016 - ECLI:ES:TS:2016:319
Id Cendoj: 28079110012016100013
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1454/2015
Nº de Resolución: 21/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid.

Los recursos fueron interpuestos por Segundo, D. Adolfo, Verónica y Estanislao, representados por la procuradora Blanca Grande Pesquero.

Es parte recurrida la entidad Banco de Santander, S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Blanca Grande Pesquero, en nombre y representación de Segundo, Adolfo, Verónica y Estanislao, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, contra la entidad Banco Santander S.A., para que se dictase sentencia: «por la cual se declare lo siguiente:

1) Que se declare la nulidad absoluta de los Contratos de Producto Financiero Estructurado (**Tridente**) suscritos por mis mandantes y Banco Santander, así como los demás contratos que traen causa de ellos identificados en el Hecho 10.1 de este escrito y, de conformidad con el art. 1303 CC, se proceda a la restitución recíproca de prestaciones conforme a lo indicado en el citado Hecho Décimo anterior.

2) Subsidiariamente se solicita que, en caso de no considerarse lo anterior, se declare la anulabilidad por error en el consentimiento de los Contratos de Producto Financiero Estructurado (**Tridente**) suscritos por mis mandantes y Banco Santander, así como los demás contratos que traen causa de ellos identificados en el Hecho 10.1 de este escrito y, de conformidad con el art. 1303 CC, se proceda a la restitución recíproca de prestaciones conforme a lo indicado en el citado Hecho Décimo anterior.

3) Subsidiariamente se solicita que, en caso de no considerarse lo anterior, se declare que el Banco Santander, S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones como asesor del cliente y comercializar y de conformidad con el art. 1124 del Código Civil, se declare al resolución de los contratos actualmente en vigor, es decir, los **Tridentes** reestructurados del Sr. Adolfo y el Sr. Estanislao y la póliza de crédito del Sr. Segundo. Asimismo, de conformidad con el art. 1101 CC, se proceda al resarcimiento de todos los daños y perjuicios derivados de la suscripción de los contratos de Producto Financiero Estructurado (**Tridente**) suscritos por mis mandantes y Banco Santander, así como los demás contratos que traen causa de ellos

identificados en el Hecho 10.1 de este escrito y ello con arreglo a las bases de cálculo fijadas en el Hecho 10.2.

4) De forma cumulativa con las anteriores peticiones subsidiarias, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas.».

2. El procurador Eduardo Codes Feijoo, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia: «por la que desestime íntegramente las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.».

3. El Juez de Primera Instancia núm. 52 de Madrid dictó Sentencia con fecha 21 de mayo de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por Segundo, Adolfo, Verónica y Estanislao representados por la Procuradora Blanca María Grande Pesquero frente a Banco Santander S.A. representado por el Procurador Eduardo Codes Feijoo debo declarar y declaro la nulidad absoluta de los contratos de producto financiero estructura (**tridente**) suscritos entre las partes procesales así como los contratos que traen causa de ellos identificados en el hecho 10.1 de la demanda.

Condenándose a la restitución recíproca de las prestaciones conforme lo indicado en fundamentación. Con expresa imposición de las costas causadas a la entidad demandada.».

Segundo. *Tramitación en segunda instancia*

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Santander S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 10^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 23 de enero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, con estimación del recurso de apelación formulado por la representación de Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada con fecha 21 de mayo de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 52 de Madrid, procede:

1^o.- Revocar la resolución apelada.

2^o.- Desestimar la demanda formulada por la representación de D. Segundo, D. Adolfo, Verónica y Estanislao contra Banco de Santander S.A.

3^o.- Condenar a los demandantes al pago de las costas de primera instancia. Sin expreso pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.».

5. Instada la aclaración de la anterior resolución por la representación de Segundo, D. Adolfo, Verónica y Estanislao, la sección 10^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto de fecha 24 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue: «La Sala acuerda:

1.- Se completa la sentencia de 23 de enero de 2015 supliendo la omisión de pronunciamiento sobre la acción de nulidad de los contratos litigiosos por ilicitud de la causa.

2.- Se desestima la acción de nulidad por ilicitud de la causa en los términos expuestos en el fundamento de derecho de esta resolución.».

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

6. La procuradora Blanca María Grande Pesquero, en nombre y representación de Adolfo y Verónica, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y de los arts. 82 y siguientes Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para consumidores y usuarios.

2º) Infracción del art. 6.3 Código Civil, en relación con el art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y de los arts. 72 y ss del RD 217/2008, de 15 de febrero.

3º) Infracción del art. 79 de la Ley de Mercado de Valores y de los arts. 4 y 5 del Anexo al RD 629/1993, de 3 de mayo y de los arts. 60 y ss del RD 217/2008 de 15 de febrero.

4º) Infracción de los arts. 79 Ley del Mercado de Valores y 1265 y 1266 Código Civil.».

7. La procuradora Blanca Grande Pesquero, en representación de Segundo y Estanislao, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º) Infracción del art. 24 de la Constitución, por incurrir su motivación en arbitrariedad y errores patentes con relevancia constitucional.».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias 687/1998, de 11 de julio, 244/2013, de 18 de abril y 460/2014, de 10 de septiembre, en relación con el art. 259 del Código de Comercio y art. 79 de la Ley de Mercado de Valores.

2º) Infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias 834/2009, de 22 de diciembre y 244/2013, de 18 de abril, en relación con el art. 79 Ley Mercado de Valores e infracción del art. 6.3 del Código Civil.

3º) Infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014 de 12 de enero de 2015, en relación con el art. 1266 del Código Civil.

4º) Infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias 244/2013 de 18 de abril de 2013 y 460/2014 de 10 de septiembre en relación con los arts. 1124 y 1101 del Código Civil.».

8. Por diligencia de ordenación de 11 de mayo de 2015, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recursos de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Segundo, D. Adolfo, Verónica y Estanislao, representados por la procuradora Blanca Grande Pesquero; y como parte recurrida la entidad Banco de Santander, S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

10. Esta Sala dictó Auto de fecha 23 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Adolfo y Dª Verónica contra la Sentencia dictada, en fecha 23 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), en el rollo de apelación nº 604/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 232/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid.

Admitir tanto el recurso de casación como el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Segundo y D. Estanislao, contra la Sentencia

dictada, en fecha 23 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10^a), en el rollo de apelación nº 604/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 232/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid.».

11. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco de Santander S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

12. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, según deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

i) El 14 de febrero de 2007, Segundo, cliente de banca privada de Banco Santander, contrató un producto estructurado **tridente**, vinculado a la evolución de la acción con peor rendimiento de tres acciones subyacentes (BBVA, ING GROEP y ABN AMRO), por un importe de 575.000 euros, que venció en febrero de 2010 con una pérdida aproximada del 85% de la inversión, ya que se le restituyó 93.363,83 euros.

El 16 de abril de 2008, el banco concedió a Segundo una póliza de crédito de 575.000 euros, en la que el producto estructurado **tridente** actuaba como garantía. Esta póliza fue renovada en septiembre de 2010.

ii) El 4 de noviembre de 2005, Estanislao contrató un producto estructurado cuyo rendimiento iba ligado a la evolución de tres acciones (Telefónica, BBVA e Iberdrola), por un importe de 400.000 euros. Este producto fue liquidado a su vencimiento, a finales de 2007, con un saldo a favor del cliente, en cuanto que se le devolvió la inversión más un rendimiento.

El 2 de abril de 2007, el Sr. Estanislao concertó otro producto estructurado **tridente**, ligado esta vez a la evolución de las acciones de BBVA, ING y BNP, por un importe de 400.000 euros. A instancia del banco, que le informó que el producto se estaba «deteriorando», se reestructuró el 28 de enero de 2009, por un plazo de cinco años.

Paralelamente, ante la indisponibilidad del dinero invertido, el 22 de diciembre de 2006, el banco concedió al cliente un crédito de 400.000 euros, que renovó en 2008 y 2009, en el que el producto estructurado **tridente** operaba como garantía.

iii) El 29 de septiembre de 2006, Adolfo y Verónica invirtieron 300.000 euros en un producto estructurado **tridente**, ligado a la evolución de las acciones de ABN AMRO, BBVA y BNP. Este contrato, a instancia del banco, fue reestructurado por otro contrato a cinco años, el 30 de enero de 2009, por el que se contrataba un producto estructurado ligado a seis acciones.

2. En primera instancia, Segundo, Estanislao y Adolfo y Verónica, presentaron conjuntamente la demanda que dio inicio a este procedimiento. En esta demanda, en primer lugar pidieron la nulidad de los anteriores contratos basada en el incumplimiento por el banco de los especiales deberes legales de información y de actuar con diligencia y transparencia en la comercialización de productos financieros complejos, por constituir la infracción de una norma imperativa, y también por inexistencia de causa. Subsidiariamente, los demandantes pidieron la nulidad por error vicio en la contratación de los productos estructurados reseñados, que debía afectar también a la totalidad de los contratos descritos en el fundamento jurídico anterior. Y, también subsidiariamente, los demandantes pidieron que se declarara que el banco había cumplido de forma negligente sus obligaciones como asesor del cliente y comercializador

de los productos estructurados, y, de conformidad con el art. 1124 CC, se acordara la resolución de los contratos y la indemnización de daños y perjuicios.

3. El juzgado de primera instancia estimó la primera acción, al apreciar la nulidad de todos los contratos como consecuencia del incumplimiento de las exigencias legales relacionadas con los deberes de información y el estándar de imparcialidad, diligencia y buena fe que impone la ley a las empresas de prestación de servicios de inversión.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Santander. La Audiencia estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto la declaración de nulidad. Si bien entiende que los productos estructurados comercializados eran complejos, apropiados para un perfil inversor de riesgo, atribuye esta condición a todos los demandantes, en atención a los contratos precedentes. Luego razona que, como los productos fueron contratados antes de que entrara en vigor la normativa MiFID, por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley del Mercado de Valores, no era exigible la realización del test de idoneidad. La Audiencia aclara que la normativa anterior, pre MiFID, ya contemplaba el deber de información cuando pudiera ser relevante para la adopción de decisiones de inversión, y la obligación de dedicar el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más adecuados a los objetivos de cada cliente (art. 5 anexo RD 629/1993). No obstante, concluye que la ausencia de norma específica que pueda reputarse vulnerada en los términos del art. 6.3 CC, impide que pueda declararse la nulidad radical de los contratos.

Analiza a continuación la acción de nulidad por vicio en el consentimiento, y concluye que el perfil inversor de los demandantes y sus antecedentes impiden apreciar que el posible error sobre los riesgos en la contratación de estos productos financieros fuera inexcusable. En el complemento de la sentencia, se desestimó la pretensión de nulidad por ilicitud de la causa.

5. Frente a la sentencia de apelación, la representación de Segundo y Estanislao formuló recurso extraordinario por infracción procesal sobre la base de un solo motivo, y recurso de casación articulado en cuatro motivos.

Por su parte, la representación de Adolfo y Verónica formularon recurso de casación articulado en cuatro motivos.

Segundo. Recurso extraordinario por infracción procesal de Segundo y Estanislao

6. Formulación del motivo. El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración del derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales, por incurrir la motivación de la sentencia recurrida en arbitrariedad y en errores patentes con relevancia constitucional.

Aunque en el desarrollo del motivo se mezclan razonamientos que tienden a desautorizar la motivación o razonamiento del tribunal, con otras que denuncian errores graves y arbitrariedad en la valoración de la prueba, el recurrente concluye que «la sentencia de apelación contiene errores fácticos patentes y un razonamiento arbitrario que hace que no se cumpla con el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales y que han tenido una influencia decisiva en el fallo de la sentencia». Estos errores y razonamiento arbitrario se refieren, sustancialmente, a la apreciación de que el banco había cumplido con los deberes legales de información y que los recurrentes tenían un perfil inversor de riesgo. El razonamiento por el que se alcanzan estas conclusiones, finaliza el recurso, «no supera el canon de la motivación constitucionalmente exigible ex artículo 24.1 CE».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. Desestimación del motivo. A pesar de la confusión generada por el propio desarrollo del motivo, no existe duda de que este se funda en que la motivación adolece de errores graves y de arbitrariedad, que le impiden superar el canon de la motivación constitucionalmente exigible conforme al art. 24 CE -en términos del propio recurso-.

Por esta vía del recurso extraordinario por infracción procesal cabe declarar la ineficacia de la resolución recurrida en los casos en que carezca de motivación, faltando a la exigencia constitucional de que las sentencias estén suficientemente motivadas (art. 120 CE). A estos efectos, como hemos declarado en otras ocasiones, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla» (Sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 95/2014, de 11 de marzo).

Cuando las explicaciones vertidas en la fundamentación jurídica de la sentencia no permitan conocer las razones de la decisión, en ese caso la apariencia de motivación equivale a su inexistencia. Fuera de estos casos, no cabe impugnar una sentencia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal porque se considere erróneo el razonamiento seguido por el tribunal para fallar, y por ello se califique la motivación de irrazonable, que es lo que pretende el recurrente con este motivo.

El razonamiento seguido por la sentencia recurrida, en los fundamentos jurídicos cuarto a séptimo, permite conocer las razones por las que entiende que, en la contratación de los productos complejos objeto de la acción de nulidad, el banco cumplió con los deberes de información y los clientes ahora recurrentes tenían un perfil inversor de riesgo, lo que impide apreciar la nulidad por infracción de normas imperativas o por error vicio. Este razonamiento cumple la exigencia constitucional de motivación de la sentencia, en lo que respecta a la declaración de nulidad del contrato, sin que en el análisis del presente motivo esté justificado verificar que sea correcto. Esto es, el recurrente no puede pretender que bajo la denuncia de motivación errónea y arbitraria, revisemos, como si fuéramos un tribunal de instancia, la corrección de las conclusiones alcanzadas por la sentencia tras su razonamiento.

Tercero. Recurso de casación de Segundo y Estanislao

8. Formulación de los motivos primero, segundo y tercero. El *motivo primero* denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 687/1998, de 11 de julio, 244/2013, de 18 de abril, y 460/2014, de 10 de septiembre, sobre el alcance de las obligaciones propias del servicio de asesoramiento en materia de inversión (art. 79 LMV), y ello en relación con las reglas del mandato contenidas en el art. 259 Ccom.

En el desarrollo del motivo, se razona que la labor desarrollada por el banco respecto de la contratación de estos productos estructurados **tridente** fue de asesoramiento y no de mera comercialización, lo que provoca que la sentencia yerre en cuanto al alcance de los deberes con los clientes.

El *motivo segundo* se funda en la infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias 834/2009, de 22 de diciembre, y 244/2013, de 18 de abril, en relación con la incidencia directa del art. 79 LMV en el contenido jurídico privado de la relación mandato banco-cliente y por infracción de la doctrina relativa a los requisitos para apreciar la nulidad radical del art. 6.3 CC.

El *motivo tercero* denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, en relación con los requisitos para la apreciación del error en el consentimiento del art. 1266 CC, en la contratación de instrumentos financieros.

En el desarrollo del motivo se advierte que la sentencia recurrida infringe la reseñada jurisprudencia respecto de cuestiones esenciales. En primer lugar, no tiene en cuenta que la información sobre los elementos esenciales del producto contratado que pueden incidir en la apreciación del error vicio debe incluir los concretos riesgos derivados de estos productos. Y al respecto, la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, advierte que no basta con el conocimiento difuso de la posible existencia de un riesgo que en principio puede suponer la contratación del producto, sino que debe incluir el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto o servicio contratado. Y, en segundo lugar, la sentencia no valora

adecuadamente la excusabilidad del error, en atención al incumplimiento de estos especiales deberes de información, teniendo en cuenta que no distingue si el inversor es minorista o profesional.

Procede analizar los tres motivos conjuntamente y estimar el tercero, de acuerdo con las razones que exponemos a continuación.

9. Normativa aplicable en relación con los especiales deberes exigibles al banco.

El contrato de adquisición de producto estructurado **tridente**, concertado por Segundo, es de 14 de febrero de 2007. Por lo tanto anterior a la incorporación de la normativa MiFID llevada a cabo por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso al derecho interno la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), mediante, en lo que ahora interesa, la introducción del art. 79 bis en la Ley del Mercado de Valores, que especifica los deberes de información y la necesidad de recabar los test de conveniencia y, en su caso, de idoneidad.

El primer contrato de adquisición de producto estructurado **tridente** del Sr. Estanislao es de 4 de noviembre de 2005. Por lo tanto, también anterior a la entrada en vigor de la normativa MiFID. El segundo contrato, por el que se concertó otro producto estructurado **tridente**, es de 2 de abril de 2007, también anterior a la entrada en vigor de la normativa MiFID. No obstante, su reestructuración, el 28 de enero de 2009, ya se produjo bajo la vigencia de la normativa MiFID.

Como ya hemos advertido en numerosas sentencias (entre ellas, Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 547/2015, de 20 de octubre), también con anterioridad a la trasposición 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 art. 79 LMV 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 «a 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 art. 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».

No se discute que los productos estructurados **tridente** que comercializó el banco a los recurrentes, el Sr. Segundo y el Sr. Estanislao, sean productos financieros complejos, sobre cuya comercialización por las empresas y entidades de inversión pesan los deberes de información expuestos.

En la medida en que no había entrado en vigor la reseñada normativa MiFID, no regía la exigencia de recabar el *test de idoneidad* (art. 79 bis.6 LMV), con la consiguiente valoración de que existió un asesoramiento. El *test de idoneidad* opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

10. En cualquier caso, constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, 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 [sentencia 588/2015, de 10 de noviembre , con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y sentencia 742/2015, de 18 de diciembre].

La valoración judicial de que el banco cumplió con los reseñados deberes de información es una valoración jurídica, que se apoya en unos hechos cuya acreditación ahora no es posible revisar en casación. Pero sí cabe revisar la propia valoración jurídica, sin alterar lo declarado probado, a la vista de las exigencias jurisprudenciales sobre el alcance de esta información.

La sentencia de apelación extrae la conclusión de que los clientes fueron informados sobre la naturaleza y los riesgos del producto de que a su entender aparecen claramente descritos en los propios contratos. Pero la información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. 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 (Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre).

De este modo, a la vista de lo que la sentencia recurrida declara probado en relación con la información ofertada por el banco, es posible concluir que conculca la jurisprudencia de la Sala

cuando entiende que el banco cumplió con los deberes de información que pesan sobre las empresas que prestan servicios de inversión.

11. Consecuencias del incumplimiento del deber de información. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento de los deberes de información que pesan sobre las empresas que prestan servicios de inversión, tanto en la normativa MiFID como en la pre MiFID, no determina la nulidad del contrato (Sentencias 716/2014, de 15 de diciembre), razón por la cual procede desestimar el motivo segundo. En su caso, el defecto de conocimiento puede incidir en la correcta representación de los riesgos que el cliente asumía con la contratación de este producto estructurado, y por lo tanto en que se prestara el consentimiento con error vicio.

El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «*orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos*», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 689/2015, de 16 de diciembre.

Conviene aclarar, como ya hicimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos, hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Esta presunción no queda contradicha por la circunstancia de que en el caso del Sr. Estanislao hubiera contratado dos productos estructurados **tridente**, uno en el año 2005 y otro posterior en el 2007, pues ambos son objeto de la acción de nulidad, y el hecho de que no se hubieran actualizado los posibles riesgos de pérdida de la inversión en el caso del primer contrato, explica que se contratara el segundo sin conciencia de aquellos riesgos. Los hechos narrados por la sentencia recurrida en su fundamento jurídico sexto no justifican que a los recurrentes se les atribuya un perfil de inversor de riesgo, que justifique la ausencia de error sobre los riesgos de pérdida significativa de la inversión.

Y, como también hemos recordado en otras ocasiones, «el error ha de ser, además de relevante, 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» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre, con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014). Pero esta misma jurisprudencia, entiende que en casos como el presente, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Por todo lo cual, estimamos el motivo tercero del recurso de casación del Sr. Segundo y del Sr. Estanislao, revocamos la sentencia de apelación y confirmamos la nulidad de los contratos acordada en la sentencia de primera instancia, pero fundada en la existencia de error vicio.

La estimación del motivo tercero hace innecesario analizar el motivo cuarto de este recurso de casación, que se refiere a una petición subsidiaria a la de nulidad por error vicio.

Por otra parte, este motivo tercero del recurso del Sr. Segundo y del Sr. Estanislao coincide con los motivos tercero y cuarto del recurso de casación formulado por Adolfo y Verónica, que analizamos a continuación para justificar su estimación.

Cuarto. Recurso de casación de Adolfo y Verónica

12. *Formulación de los motivos tercero y cuarto.* El motivo tercero denuncia la infracción de los deberes de información contenidos en la legislación del mercado de valores, anterior a la normativa MiFID, en concreto, el art. 79 LMV y los arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo. Y el motivo cuarto denuncia la infracción de los arts. 79 LMV y 1265 y 1266 CC.

Procede estimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

13. *Estimación de los motivos tercero y cuarto.* El contrato inicial de adquisición de un producto estructurado **tridente** por parte de Adolfo y Verónica es de 26 de septiembre de 2006, y por lo tanto se concertó bajo la normativa pre MiFID.

De acuerdo con lo razonado anteriormente, pesaba sobre el banco la acreditación de haber suministrado a estos clientes la información necesaria para que pudieran comprender bien la naturaleza del producto y sus concretos riesgos. Aunque la sentencia de la Audiencia razona que sí se cumplieron estos deberes, también en este caso, no deja constancia de que el banco hubiera llevado a cabo una información precontractual completa y adecuada sobre los riesgos concretos que los clientes asumían con la adquisición de este producto. De hecho la Audiencia apoya su conclusión sobre la base del contenido de los contratos de adquisición de estos productos. En este caso, el contrato, además de indicar que el «producto estructurado funciona igual que una imposición a plazo fijo pero con un rendimiento superior a la imposición a plazo fijo tradicional», se limita a advertir, en relación con los riesgos:

«el cliente asume que la rentabilidad final del mismo -el producto- puede ser negativa, y que podrá recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido. Esta rentabilidad negativa se producirá en el caso de que no se cumpla ninguna de las condiciones descritas, en cuyo caso se produce el ejercicio de una opción de venta (put) sobre la acción con peor rendimiento y a resultados de dicho ejercicio Santander Central Hispano pagará al titular un importe inferior al importe principal invertido».

Conforme a la jurisprudencia antes expuesta, en casos como el presente de adquisición de productos complejos, 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 (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

Resulta de aplicación la fundamentación antes expuesta sobre la incidencia que el defecto de conocimiento, consiguiente al incumplimiento de los deberes de información, podía tener en la correcta representación de los riesgos que el cliente asumía con la contratación de este producto estructurado, y por lo tanto en que se prestara el consentimiento con error vicio: la imposición de estos deberes de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir « *orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos* », muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. El desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En este caso esta presunción de que se contrató el producto estructurado con error sobre los riesgos que se asumían, no queda contradicha por la prueba practicada. Aunque el tribunal de

apelación atribuya a los recurrentes un perfil inversor de riesgo, esto no se extrae de los hechos reseñados por la propia sentencia, en concreto, de que el Sr. Adolfo haya sido presidente o administrador de diversas compañías cuyo objeto social comprende tanto la actividad comercial en el sector textil como la asesoría jurídica y fiscal, ni de que hubiera tenido experiencia en haber participado en fondos de inversión o en la titularidad de una cartera de valores. De estos hechos no se puede extraer el perfil de inversor de riesgo, y además se contradice con el test de idoneidad que el banco realizó al cliente, con posterioridad, en el que el Sr. Adolfo se consideraba un inversor conservador.

En consecuencia, procede también en este caso apreciar el error, que, además de recaer sobre un elemento esencial y ser relevante, resulta excusable en atención a lo argumentado sobre la asimetría informativa y la existencia de los deberes legales de información.

Estimamos, pues, el recurso de casación interpuesto por Adolfo y Verónica, dejamos sin efecto la sentencia de apelación, y, aunque confirmamos la sentencia de primera instancia, lo hacemos también con la advertencia de que la nulidad declarada no es absoluta, derivada del incumplimiento de una norma imperativa, sino que se justifica por el error vicio.

Quinto. Costas

14. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Segundo y Estanislao, les imponemos las costas generadas por este recurso (art. 398.1 LEC).

Estimado el recurso de casación interpuesto por la representación de Segundo y Estanislao, no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

Estimado el recurso casación interpuesto por la representación de Adolfo y Verónica, tampoco hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

Desestimado el recurso de apelación formulado por Banco Santander, le imponemos las costas generadas por su recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Segundo y Estanislao contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª) de 23 de enero 2015 (rollo núm. 604/2014), con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente.

2º Estimar los recursos de casación interpuestos por las respectivas representaciones de Segundo y Estanislao, de una parte, y Adolfo y Verónica, de otra, contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª) de 23 de enero 2015 (rollo núm. 604/2014), que dejamos sin efecto, sin hacer expresa condena respecto de las costas de la casación.

3º Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de Banco Santander contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid de 21 de mayo de 2014 (juicio ordinario 232/2012), cuya parte dispositiva confirmamos con la única restricción de eliminar la mención a "absoluta" con que se califica la nulidad declarada.

4º Imponer las costas de la apelación a la parte apelante.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos- Ignacio Sancho

Gargallo- Francisco Javier Orduña Moreno- Rafael Saraza Jimena- Pedro Jose Vela Torres- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.