



Roj: **STS 1650/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1650**

Id Cendoj: **28079110012017100256**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2017**

Nº de Recurso: **114/2015**

Nº de Resolución: **269/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 4 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Pablo Jesús en beneficio de su sociedad de gananciales que conforma con su cónyuge, D.^a Delfina, representado por el procurador D. Nicolás Álvarez Real bajo la dirección letrada de D. Marcelino Abraira Piñeiro, contra la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2014 por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación n.º 365/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 46/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Avilés, sobre acción de nulidad de pleno derecho y, subsidiariamente, de anulabilidad contractual por vicio en el consentimiento. Ha sido parte recurrida el Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Julio Iglesias Rodríguez.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Pablo Jesús, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimando la demanda:

»1) Declare la nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente la anulabilidad por vicio en el consentimiento del contrato de producto estructurado de fecha 28/09/2006 por importe de 300.000 € y vencimiento 29/09/2009 y del Contrato de producto estructurado **tridente** de fecha 28/01/2009 por importe de 300.000 € y vencimiento el 23/07/2013 (que sustituyó al anterior por el mismo importe citado en este apartado 1 del suplico).

»2) Condene a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a reintegrar a mi mandante la cantidad total de 300.000 euros, importe del capital aportado.

»3) Todo ello con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, de manera que ambas partes vuelvan a estar en la misma situación personal y patrimonial en que se encontraban en el momento inmediatamente anterior al efecto invalidador. Todo ello con expresa condena al pago de todas las costas causadas en este procedimiento al demandado».

2.- La demanda fue presentada el 29 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Avilés y fue registrada con el n.º 46/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Banco de Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia desestimatoria de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante.

Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Avilés dictó sentencia 117/2014 de fecha 8 de julio, con el siguiente fallo:



«Que debo desestimar la demanda interpuesta por D. Pablo Jesús contra Banco Santander S.A., con imposición de costas para el actor».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Pablo Jesús .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 365/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2014 , cuyo fallo dispone:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Pablo Jesús contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Avilés en fecha ocho de Julio de dos mil catorce , confirmando dicha resolución, sin hacer expresa imposición de las costas procesales del recurso».

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

1.- D. Pablo Jesús , que actúa en beneficio de su sociedad de gananciales que conforma con su cónyuge, D.ª Delfina , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso que ha producido efectiva indefensión (art. 469.1.3º Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y la infracción del principio dispositivo del proceso civil (art. 1 de la LEC , principio de legalidad procesal)

»Segundo: Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC (infracción de las normas reguladoras de la sentencia para resolver las cuestiones objeto de debate) se considera vulnerado por la sentencia recurrida la carga de la prueba a que se refiere el artículo 217.3 de la LEC .

»Tercero: Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC (vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la CE), se alega que la valoración probatoria realizada por la Audiencia es notoriamente irracional e ilógica».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único: Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 477 LEC) y del apartado 2.3º, por presentar interés casacional al oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de enero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«La sala acuerda:

»1.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Pablo Jesús contra la sentencia dictada, con fecha 5 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Oviedo (sección 4.ª), en el rollo de apelación 365/2014 , procedente de los autos de juicio ordinario número 46/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Avilés.

»2.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la misma parte».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 6 de marzo de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de dos contratos: el primero denominado «contrato de producto estructurado», celebrado con anterioridad a la incorporación al Derecho español de la normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive) y, el segundo,



«contrato de producto estructurado **tridente**», celebrado con posterioridad a tal normativa, con el objeto de cancelar el primero y constituir un nuevo producto estructurado.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

- 1.- El 28 de septiembre de 2006, el hoy recurrente y su esposa (D. Pablo Jesús y D.^a Delfina), celebraron con la hoy recurrida (Banco Santander S.A.), un contrato denominado «contrato de producto estructurado», por un importe de 300.000 euros y vencimiento el 29 de septiembre de 2009.
- 2.- Conforme a lo previsto en el contrato celebrado en 2006, 2007 y 2008, Banco Santander pagó al cliente la retribución del cupón fijo del 7%. A finales de 2008, la valoración del capital invertido se había reducido a 21.000 euros, como consecuencia del cumplimiento de una de las condiciones previstas en el mismo contrato (al alcanzar uno de los valores de referencia un precio inferior al 60% del valor que tenía cuando se adquirió).
- 3.- A la vista de la información suministrada por Banco Santander, las partes celebraron varias reuniones entre finales de 2008 y principios de 2009. A esas reuniones el cliente asistió en compañía de un letrado y consultó a un asesor economista. De entre las tres alternativas que se le ofrecieron, el cliente optó por reestructurar el producto mediante la celebración de un nuevo contrato, suscrito el 28 de enero de 2009, por el que las partes acordaron cancelar el primero.
- 4.- De acuerdo con lo previsto en el segundo contrato, Banco Santander restituía el principal de 300.000 euros con el fin de constituir con ese importe un nuevo producto estructurado. El cliente cobró, retribuciones los meses de enero de 2010, 2011 y 2012 pero, de acuerdo con el contenido del propio contrato, en función del valor de la cesta relevante (constituida por los cinco peores valores de entre los veinticinco que se consignaban en el contrato), a la fecha de finalización del contrato (el 23 de julio de 2013) no procedía devolver capital alguno al cliente.
- 5.- El 29 de enero de 2014, D. Pablo Jesús interpuso demanda contra Banco Santander S.A. en la que solicitaba la declaración de nulidad de pleno derecho de los dos contratos celebrados o, subsidiariamente, la anulabilidad por vicio de consentimiento por falta de información y que se condenase a la entidad a restituirle la cantidad de 300.000 euros y los intereses legales desde la primera de las operaciones concertada, con restitución recíproca de las cosas objeto del contrato, con sus frutos e intereses.
- 6.- Tras la oposición de la demandada, el Juzgado dictó# sentencia por la que desestimó la demanda, con imposición de costas al actor. A la vista de la prueba practicada concluye la sentencia que no concurre en los actores un vicio esencial del consentimiento en el momento de celebrar el contrato.

Respecto del primer contrato, sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: i) el actor no era un inversor conservador, sino de carácter especulativo y de riesgo, como muestran las inversiones realizadas durante los años 2006 a 2012; ii) fue el cliente quien, en 2006, a través de un intermediario que era su asesor fiscal, se puso en contacto con la entidad para solicitar ofertas para la inversión; iii) se celebraron varias reuniones con el cliente hasta que se formalizó el contrato y, valorando el riesgo, el cliente eligió, de entre los que se le ofrecieron, el producto que contrató; iv) transcurrieron al menos diez días desde que recibió la oferta hasta que se celebró el contrato, tiempo suficiente para formar su convencimiento y para asesorarse; v) en varios lugares del contrato y en las explicaciones se recogía la posibilidad de pérdida de parte del importe principal invertido.

Respecto del segundo contrato, valora las siguientes circunstancias: i) no es un contrato autónomo, sino que trae causa del anterior, pues su celebración deviene por voluntad de las partes para minimizar el riesgo del primero; ii) si existiera vicio en el consentimiento en el primero, alcanzaría al segundo pero, descartado vicio en el primero, tampoco concurre en el segundo; iii) el cliente pudo optar por las alternativas de mantener el primer contrato hasta su vencimiento, cancelarlo o, como hizo, asumir más riesgo a cambio de poder recuperar el capital, decisión que tomó asistido por letrado y asesor fiscal; iv) del contenido del contrato resulta su destino a clientes con productos financieros estructurados cuyo valor en el momento de la contratación del nuevo producto fuera inferior al 30% del importe invertido inicialmente; v) el contrato contiene referencias a la posibilidad de perder el capital, incluye la mención expresa a que en el mejor de los escenarios se recuperaría el 70%, que no cabe cancelación anticipada y así como la advertencia de que la operación no es adecuada para el cliente.

A efectos de rechazar la vulneración de la normativa legal sobre información, la sentencia considera decisiva la forma de contratación en el caso concreto: i) la iniciativa del cliente de solicitar un producto de mayor rentabilidad que el ofrecido en otras entidades; ii) que aunque el actor no tuviera un nivel de estudios financieros intermedió con un asesor fiscal; iii) que hubo reuniones previas entre las partes fuera de las oficinas bancarias; iv) que se le entregaron resúmenes explicativos de que en el primer contrato no era posible la cancelación anticipada y de que era posible la pérdida del capital invertido; v) la intervención de asesores propios en la contratación.



7.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la sentencia de segunda instancia lo desestima y confirma la sentencia impugnada.

Respecto del primer contrato la sentencia declara que, dadas las discrepancias en las declaraciones de las partes y sus testigos, no existe prueba sobre la forma en que fue explicado el producto. No obstante, entiende que las siguientes razones permiten deducir que el actor tuvo un conocimiento, cuando menos aproximado de en qué consistía la operación y cómo funcionaba el producto: i) los antecedentes, que consistirían en que, contra lo afirmado en la demanda, el actor no es un sencillo operario del sector siderúrgico, sino un empresario titular de diversas empresas y que, a pesar de no poseer unos conocimientos plenos del mundo financiero, posee un perfil inversor, a la vista de las operaciones realizadas en los últimos años; ii) la importancia de la inversión; iii) la conciencia plena de los riesgos que comportaba el producto resulta del documento firmado por el actor, en el que se indica que el capital no está garantizado, se explica que si alguna acción hubiese experimentado en su valor una pérdida de más del 40% a su vencimiento se devolvería el capital minorado en la pérdida de dicho valor y, a modo de ejemplo, tomando como base la evolución del valor de las acciones de BBVA, se indica que si toca esa barrera del 40% y al vencimiento cae un 7% se devolvería el 93% del capital; de este texto deduce la sentencia recurrida que cualquier ciudadano medio comprendería que, si el porcentaje de caída era superior, mayor sería la pérdida de capital; iv) en todo caso, las alegaciones sobre la falta de información serían relevantes para el contrato de asesoramiento realizado por Banco Santander si se exigiera una eventual responsabilidad por incumplimiento derivado de las obligaciones inherentes a dicho asesoramiento, lo que no es objeto del pleito.

Respecto del segundo contrato, se entiende que cualquier duda que pudiera haber sobre la existencia de un error inicial motivado por un defectuoso cumplimiento del deber de información resultaría intrascendente tras la concertación del contrato de 2009, y ello por las siguientes razones: i) por ser novación del primer contrato, que se cancela; ii) por expresar que en el mejor de los casos la posibilidad de recuperación de la inversión inicial quedaría limitada al 70% del capital inicial, como consecuencia de la pérdida del valor inicial y, en el peor de los casos, era posible la pérdida total de la inversión; iii) porque en el Anexo II al contrato se explica la posibilidad de pérdida de la inversión inicial y en el Anexo III se vuelve a reiterar tanto esta posibilidad como las tres alternativas que Banco Santander ofrecía a sus clientes (mantener la inversión inicial, cancelarla por el valor de mercado en ese momento o reestructurar el producto); iv) porque en dicho Anexo se vuelve a repetir que la reestructuración sigue teniendo riesgo de capital, que el rango de valoración del nuevo producto es similar al reestructurado, que no garantiza un comportamiento mejor ni peor que este; v) porque se reitera, unas líneas antes al apartado donde figura la firma del cliente, que la posibilidad de recuperación que se ofrece queda limitada al 70% del capital inicial y que, en el peor de los casos, se podría incluso perder la totalidad del importe invertido; vi) de la declaración del empleado de la entidad resulta que se explicó al actor la situación de la inversión; vii) al menos en una ocasión el cliente acudió a las reuniones asistido de letrado (cuya presencia no se comprende, entiende la sentencia recurrida, si no es con el fin de asesorar al actor, máxime cuando reconoce que consultó con un asesor economista); viii) cualquier supuesto error inicial desapareció tras conocer la pérdida de valor de la inversión sin accionar contra Banco Santander y «realizar racionalmente jurídicamente asesorado por un letrado e incluso financieramente por un economista, novando de este modo el contrato inicial».

Finalmente, en su razonamiento, descarta la Audiencia que proceda la nulidad contractual por aplicación del art. 6.3 CC, tanto porque en el caso no ha existido el incumplimiento por la demanda de los deberes de información impuestos por el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores como porque, de haberse producido, serían en todo caso causa de un vicio de consentimiento, que no se ha apreciado.

8.- La parte demandante interpone contra la sentencia de segunda instancia recurso extraordinario por infracción procesal, que es inadmitido al incurrir en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 473.2.2.º LEC). Interpone también recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC .

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone de un motivo único fundado en infracción de las siguientes normas: para el primer contrato litigioso, arts. 60 y 79 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, arts. 4, 15 y 16 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios en particular relativos a la información exigida, arts. 2 y 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios; para el segundo contrato, art. 79.bis de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y arts. 3, 8.b y 19 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios; arts. 1301 CC en relación con los arts. 1265 y 1266 CC .

En el recurso se alega interés casacional basado en oposición de la sentencia recurrida a la doctrina contenida en la sentencia del Pleno 244/2013, de 18 de abril, así como en las sentencias 458/2014, de 8 de septiembre y 840/2013, de 20 de enero de 2014 .



En el desarrollo del motivo se denuncia, en esencia, que la sentencia recurrida, al concluir que la entidad bancaria cumplió su deber de información y que no hubo error por parte de los clientes al suscribir los contratos que dan pie al litigio de que trae causa este recurso, contradice la doctrina de la sala que interpreta las normas cuya infracción se denuncia.

En síntesis, aduce que: i) en el contrato celebrado en 2006 se hacía referencia a la posibilidad de pérdida de parte del capital invertido, pero no a que se pudiera perder íntegramente el capital aportado, como sucedió en el caso; ii) tampoco hubo información durante la ejecución del contrato, de modo que se informaba de los rendimientos que se percibían, pero no de que estuviera disminuyendo el nominal/capital del producto, de modo que la entidad bancaria solo ofreció el segundo contrato cuando prácticamente había desaparecido el capital; iii) para la celebración del segundo contrato se hizo un test de conveniencia del que resultó la no conveniencia para el cliente; iv) no consta que se realizara el test de idoneidad y a la esposa no se le realizó ningún test; v) critica que la sentencia recurrida atribuya a la parte demandante un «perfil inversor»; vi) el cliente minorista, no experto en el mercado de valores debe poder confiar en que el profesional le proporcione una información completa, clara y precisa, sin que pueda perjudicar al cliente no haber indagado sobre el riesgo que comportan los productos; vii) el acompañamiento de un asesor externo sin conocimientos avanzados sobre los riesgos específicos de un producto estructurado no exime al banco de su obligación de informar.

En su escrito de oposición, el demandado recurrido interesa la desestimación del recurso tanto por razones de inadmisibilidad como por razones de fondo. Como causas de inadmisión alega que el problema jurídico que dice plantear el recurrente es tan amplio y genérico que en realidad lo que pretende es reabrir el mismo debate fáctico que en primera y segunda instancia, evitando identificar cuáles serían los concretos datos que Banco Santander no proporcionó al tiempo de contratar y que habrían provocado el denunciado error- vicio. Con cita del «Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, alega que el recurso incurre en graves vicios de técnica casacional que deben conducir a su desestimación (alteración de la base fáctica de la sentencia, planteamiento de cuestiones que no afectan a la *ratio decidendi*, falta de concreción y mezcla de cuestiones heterogéneas, acumulación heterogénea de preceptos).

Por lo que se refiere a la aplicación por la sentencia recurrida de los preceptos que se denuncian como infringidos, entiende el escrito de oposición que en el recurso no se especifica en qué consistiría la infracción del deber de información por Banco Santander, qué información relevante para conocer los concretos riesgos de los productos contratados habría sido omitida por Banco Santander. Tras examinar el alcance del deber de información de las empresas de servicios de inversión de acuerdo con la normativa del mercado de valores (antes y después de la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores, en adelante, LMV) y la jurisprudencia que la interpreta, el escrito de oposición acaba concluyendo que, de conformidad con los hechos probados, sí se proporcionó al cliente una información suficiente para la comprensión real del producto y de sus riesgos.

Por lo que se refiere a la denuncia contenida en el recurso en el sentido de que Banco Santander ofreciera el «Producto Reestructurado 0-30%» cuando el resultado del test realizado era la no conveniencia del producto para el cliente, el escrito de oposición argumenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 79.bis.7 LMV, vigente cuando se celebró el contrato de 2009, la obligación de la empresa prestadora de servicios era advertir al cliente de que el producto no es adecuado para él, lo que se hizo en el caso, pero que la no conveniencia no implica que no se pueda contratar.

Finalmente, concluye el escrito de oposición afirmando que la sentencia recurrida considera probado que el recurrente se valió de asesores diferentes, lo que hace inverosímil la existencia de error y demuestra el carácter fácilmente vencible que en su caso tendría tal error.

TERCERO.- Con carácter previo al examen del recurso de casación procede desestimar las causas de inadmisibilidad del recurso formulado por la parte recurrida por las siguientes razones:

1.ª) El recurso discute la valoración jurídica de los hechos acreditados en la instancia.

Como muestra de los defectos de técnica casacional, señala el escrito de oposición que el escrito de interposición del recurso de casación trata de convertir el tramo casacional en una tercera instancia en la que reabrir el debate sobre la valoración global de la prueba. Afirma, además, que se presenta en el recurso de casación una cuestión planteada en el recurso extraordinario por infracción procesal que no se admitió por pretender una revisión global de la prueba.

Procede desestimar esta causa de inadmisibilidad porque, entre las razones por la que se inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal, tal y como resulta del auto de 18 de enero de 2017, se encuentra precisamente la de que las afirmaciones de la sentencia recurrida acerca de si el banco ha cumplido o no sus



obligaciones de información no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica (sentencias 331/2016, de 19 de mayo , 731/2016, de 20 de diciembre) y, por tanto, solo pueden ser atacadas por la vía del recurso de casación, que es lo que se resuelve ahora.

2.ª) La infracción alegada aparece convenientemente desarrollada puesto que, pese a la cita de diversos preceptos legales, se identifican correctamente los que atañen al caso y se consideran infringidos, especialmente, los arts. 1265, 1266 y 1301 CC en relación con los arts. 60 y 79 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores , arts. 4 , 15 y 16 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (para el primer contrato litigioso) y art. 79.bis de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (para el segundo contrato).

3.ª) Se justifica el interés casacional que ampara la interposición del recurso de casación, puesto que la razón decisoria de la sentencia recurrida puede entrar en contradicción con la jurisprudencia consolidada de esta sala sobre el error vicio en los contratos de inversión complejos.

En el caso, todo ello «ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas» (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre , 149/2017, de 2 de marzo), «adaptándose a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa» (sentencia 562/2016, de 23 de septiembre , 149/2017, de 2 de marzo).

CUARTO.- Esta sala ha dictado ya un importante número de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión. Las sentencias del Pleno de esta sala 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , recogen y resumen la doctrina dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión y son otras muchas las que después la han seguido, también para contratos como el que da origen a este litigio (el contrato se celebró el 28 de septiembre de 2006), un depósito estructurado pre-«MiFID», como la sentencia 102/2016, de 25 de febrero .

Dicha doctrina declara la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el error haya sido causado por la insuficiencia de la información suministrada por la empresa de servicios de inversión. Ello, tanto en casos en que resulta de aplicación la legislación anterior a la incorporación a nuestro Derecho nacional de la normativa «MiFID» como en casos en los que es aplicable la normativa «MiFID». La normativa pre-«MiFID» (fundamentalmente art. 79 de la Ley 24/1988, de 29 de julio, del Mercado de Valores y el RD 629/1993, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios) era la aplicable al primer contrato litigioso, suscrito el 28 de septiembre de 2006. La normativa «MiFID», introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 y, por tanto, es aplicable al segundo contrato litigioso, celebrado el 28 de enero de 2009.

De esta doctrina importa destacar ahora los siguientes aspectos:

1.º) El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia 215/2013 , de 8 abril).

2.º) El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre.

La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y, si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar



la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

3.º) En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

4.º) La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva «MiFID», da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente.

5.º) La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, también la anterior a la transposición de la Directiva «MiFID» como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes. Las recurrentes llevan razón al afirmar que la flexibilización que de estas normas se hace en la sentencia de la Audiencia Provincial infringe la jurisprudencia dictada en esta materia.

La Ley del Mercado de Valores en la redacción anterior a la transposición de la Directiva «MiFID», que es la aplicable por razones temporales al primero de los contratos cuya nulidad se solicita, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establecía como principios a los que debían atenerse las empresas que actuaran en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva «MiFID», vigente cuando se celebró el segundo de los contratos que se impugna, el nuevo art. 79 .bis LMV sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarle, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.

Asimismo, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la empresa de



inversión ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición (sentencias 102/2016, de 25 de febrero y 411/2016, de 17 de junio).

6º) El deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato. En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre , reiteran que «[c] omo ya hemos recordado en otras ocasiones, "[l] a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)».

QUINTO. - Como consideración previa, es preciso recordar que es criterio de esta sala el de que la valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y su suficiencia, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación. En el caso, las razones de la decisión adoptada por la sentencia recurrida se basan en una valoración jurídica de la cuestión que no se ajusta a los criterios que esta sala ha considerado que deben regir en la apreciación del error vicio en la contratación de productos financieros:

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

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

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

No es conforme con la doctrina jurisprudencial que la sentencia de la Audiencia Provincial encuentre razones bastantes para excluir la existencia de error. Ello por la complejidad, el carácter especulativo y alto riesgo del producto estructurado contratado, en el que la suerte de la operación, tanto en términos de rentabilidad como de devolución del capital invertido dependía de la fluctuación de varios índices bursátiles (productos subyacentes), dadas las posibilidades de diversas situaciones y la previsión de ciertos niveles o barreras que conducían a la eventualidad de muy diversos escenarios, algunos de los cuales pueden suponer que el cliente sufriera pérdidas importantes, incluso la pérdida total. A estos efectos, no es suficiente información del riesgo que se asume al proceder a la suscripción del producto la que alude a la posibilidad de «pérdida de parte» del capital ni tampoco la explicación de que, si alguna acción hubiese experimentado en su valor una pérdida de más del 40%, a su vencimiento se devolvería el capital minorado en la pérdida de dicho valor y, a modo de ejemplo, tomando como base la evolución del valor de las acciones de BBVA, se indique que si toca esa barrera del 40% y al vencimiento cae un 7% se devolvería el 93% del capital.

Lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información como las condiciones en que materialmente se cumple el mismo (entre otras, sentencia 562/2016, de 23 de septiembre). Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre , con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero , y 489/2015, de 16 de septiembre).

2.ª) A la hora de excluir el error o de apreciar su excusabilidad, esta sala ha declarado que el hecho de que el cliente sea un empresario no justifica que pudiera conocer los riesgos del producto contratado (sentencias 244/2013, de 18 de abril , 11/2017, de 13 de enero). La actuación en el mercado de valores exige un



conocimiento experto, que no resulta de la actuación empresarial en actividades ajenas al sector financiero (en el caso, empresas de fabricación de carpintería y acondicionamiento de interiores).

Para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros. Es doctrina de la sala que tampoco el hecho de que en la contratación interviniera el asesor fiscal de la empresa excluye el carácter excusable del error (sentencias 633/2015, de 13 de noviembre , 11/2017, de 13 de enero). No basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad (sentencia 549/2015, de 22 de octubre).

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

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

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

«Es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios» (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 676/2015, de 30 de noviembre , y 310/2016, de 11 de mayo).

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

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

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

En el presente caso, ante la realidad acreditada de que el capital invertido en el contrato celebrado el 28 de septiembre de 2006 se había reducido al 7%, la única finalidad a la que respondía la celebración del contrato de 28 de enero de 2009 era la de recuperar parte del capital invertido y como tal se ofreció por el banco al cliente. No solo, por tanto, desde el punto de vista subjetivo del cliente acerca de las razones que le llevaron a contratar y rechazar las otras opciones que se le presentaban (mantener la inversión inicial o cancelarla por el valor de mercado de ese momento), también porque la propia oferta realizada por la entidad para la contratación del nuevo producto y la reestructuración del anterior se dirigía de manera específica a los clientes con productos



financieros estructurados cuyo valor fuera en ese momento inferior al 30% del importe invertido inicialmente. La elección de esta alternativa, dirigida a recuperar parte del importe inicialmente invertido en el producto financiero original comportaba una transformación del mismo, puesto que el cliente no desembolsaba nuevo capital, sino que el banco ingresaba en la cuenta asociada al contrato marco la misma cantidad invertida inicialmente y, al mismo tiempo, suscribía por ese importe un nuevo producto.

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

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

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

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

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

SÉPTIMO.- Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

La estimación del recurso de casación conlleva que se estime el recurso de apelación y se revoque la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y, consecuentemente, se estime la demanda, pues se estiman sus pretensiones principales, lo que supone que se condene a la demandada al pago de las costas de primera instancia y no se haga expresa imposición de las costas de apelación, de conformidad con los arts. 394.1 y 398.2 LEC.

Conforme a la disposición adicional 15.ª, apartado 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación formulado por la representación legal de D. Pablo Jesús contra la sentencia de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo 272/2014, de 5 de noviembre, que conoció de la apelación (rollo n.º 365/2014) contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Avilés (juicio ordinario 46/2014). **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Pablo Jesús contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Avilés (juicio ordinario 46/2014), que revocamos, y en su lugar, acordamos: **2.º 1.-** Estimar la demanda interpuesta por D. Pablo Jesús contra Banco Santander S.A. **2.º 2.-** Declarar la nulidad de los contratos celebrados por las partes, con fecha 28 de septiembre de 2006 sobre «producto estructurado» y con fecha 28 de enero de 2009 sobre «producto estructurado **tridente**». **2.º 3.-** Declarar que las partes deben restituirse recíprocamente todas las cantidades percibidas en razón de estos contratos, con sus intereses, calculados al tipo del interés legal, desde el momento en que fueron entregadas. En consecuencia, Banco Santander S.A. debe restituir 300.000 euros, con los intereses desde el momento que se entregaron y D. Pablo Jesús debe restituir todos



los rendimientos percibidos por el primer contrato y su posterior reestructuración, con sus intereses desde las fechas que fueron satisfechos. **3.º**- Condenar a Banco Santander S.A. al pago de las costas de primera instancia. No hacemos expresa imposición de las costas del recurso de apelación ni del recurso de casación. **4.º**- Devolver a la entidad recurrente el depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ