



Roj: **STS 322/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:322**

Id Cendoj: **28079110012016100016**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2016**

Nº de Recurso: **2412/2013**

Nº de Resolución: **14/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11290/2013,**  
**STS 322/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a uno 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 el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 82 de Madrid.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco de Santander S.A., representada por el Procurador Eduardo Codes Feijoo.

Es parte recurrida Jesús Luis y Sandra , representados por el procurador Carlos Plasencia Baltes.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. El procurador Ángel Luis Fernández Martínez, en nombre y representación de Jesús Luis y Sandra , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 82 de Madrid, contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se declare: 1º.- La nulidad o anulabilidad del denominado contrato estructura Tridente de fecha 27/04/2007.

2º.- Que asimismo se declare la nulidad o anulabilidad del contrato de préstamo o a plazo fijo, de fecha 27/04/2007.

3º.- Se declare la nulidad o anulabilidad de la hipoteca de máximo otorgada ante el Notario D. Jesús Elías Corral Delgado, con fecha 25/04/2007.

4º.- Se declare asimismo la no obligación de pago de las cifras anuales que correspondería abonar a mis mandantes, por las diferencias de intereses y que deben ser pagadas los días 25 de abril de 2009 y 2010 y asimismo condenando a la entidad bancaria demandada a proceder a la devolución de la suma abonada por tal concepto y correspondientes intereses legales desde la fecha en que dicha suma se abonó, hasta su total liquidación, por el interés legal del dinero aplicado por la entidad bancaria referenciada.

5º.- Que asimismo se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, condenándole así bien al abono de la suma indebidamente pagada por mis representados y que ha quedado señalada en el anterior ordinal.



6º.- Condenando en todo caso a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento.».

2. El procurador Eduardo Codes Feijoo, en representación de la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos de la demanda, la desestime íntegramente con expresa imposición de costas a los demandantes.».

3. El Juez de Primera Instancia núm. 82 de Madrid dictó Sentencia con fecha 6 de febrero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por el procurador Sr. Fernández Martínez en nombre y representación de Don Jesús Luis contra Banco de Santander Central Hispano Americano S.A., representado por el procurador Sr. Codes Feijoo, y en consecuencia debo absolverlo y lo absuelvo de los pedimentos instados en su contra, y ello con imposición a la parte actora de las costas causadas en esta instancia.».

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Jesús Luis y Sandra . La resolución de este recurso correspondió a la sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 24 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Jesús Luis y Doña Sandra contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2012, recaída en juicio ordinario seguido con el nº 873/2009 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 82 de Madrid , y, en su lugar:

- Se estima en parte la demanda rectora de los presentes autos.

- Declaramos la nulidad absoluta del "contrato de producto estructurado tridente" suscrito por los recurrentes con "Banco de Santander S.A." en documento privado suscrito en Laredo (Santander) el día 26 de abril de 2007, cuyo original consta aportado a los autos como documento 35 de la contestación de la demanda.

- Declaramos la nulidad parcial en el importe de 3.300.000 euros de la póliza de préstamo personal a tipo fijo nº NUM000 suscrita por los recurrentes el día 25 de abril de 2007.

- Condenamos a "Banco de Santander, S.A." a estar y pasar por estas declaraciones, así como a restituir a los demandantes las cantidades recibidas en virtud de los contratos cuya nulidad se declara, con sus intereses, sujeto a la condición de que los recurrentes restituyan al Banco igualmente las cantidades recibidas como consecuencia de los citados contratos, más sus intereses.

- No se hace expresa declaración sobre las costas causadas en ninguna de las dos instancias.».

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

5. El procurador Eduardo Codes Feijoo, en representación de la entidad Banco Santander S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 24 CE en relación con los arts. 217.1 y 2 LEC .

2º) Infracción del art. 24 CE en relación con el art. 218.2 LEC .».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 1281, párrafo 2º, y 1282 CC , en relación con la jurisprudencia contenida en sentencia 642/2002, de 26 de junio y 390/1993, de 21 de abril.

2º) Infracción del art. 6.3 en relación con los arts. 1278 , 1300 y 1273 CC .».

6. Por diligencia de ordenación de 25 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso 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.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco de Santander S.A., representada por el Procurador Eduardo Codes Feijoo; y como parte recurrida Jesús Luis y Sandra , representados por el procurador Carlos Plasencia Baltes.



8. Esta Sala dictó Auto de fecha 8 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir tanto el recurso de casación como el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de "Banco Santander, S.A." contra la Sentencia dictada, en fecha 24 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), en el rollo de apelación nº 444/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 873/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 82 de Madrid.».

9. Dado traslado, la representación procesal de Jesús Luis y Sandra , presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 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.

Jesús Luis y Sandra concertaron con Banco Santander, el día 26 de abril de 2007, la adquisición de un producto estructurado tridente.

Este producto ha sido muy bien caracterizado en la sentencia recurrida:

«un Producto Financiero Estructurado sin garantía de devolución del capital invertido, compuesto por un depósito de 3.300.000 euros remunerado con un cupón fijo (6%), pagadero, salvo cancelación anticipada, los días 28 de abril de 2008, 27 de abril de 2009 y 26 de abril de 2010, más una remuneración (cupón) extra vinculado a la evolución de la acción con peor rendimiento de tres acciones subyacentes (BBVA. S.A., ING GROEP y BNP PARIBAS). Se trata un producto complejo, adecuado solo para inversores de perfil arriesgado con expectativas alcistas sobre el mercado de renta variable, en el que la pérdida o ganancia dependerán de si el precio final de la acción de peor rendimiento de las tres subyacentes cumple en cada una de las fechas previstas en el contrato, las condiciones pactadas en cada fecha, esto es, si su precio es mayor, igual o inferior al de la fecha inicial que se fijó el día 26 de abril de 2007. El inversor conseguirá al menos la devolución del capital si ningún precio de cierre de las acciones subyacentes ha sido inferior a su nivel de barrera (60% de su valor inicial) en ninguna fecha comprendida entre la fecha de inicio (26 de abril de 2007 y la fecha de valoración final (21 de abril de 2010). El riesgo para el inversor consiste, por tanto, en que no se den ninguna de las condiciones por un mal comportamiento en el mercado de renta variable de las acciones que componen la cesta subyacente».

Para realizar esta operación, el banco concedió a Jesús Luis y Sandra un préstamo de 3.500.000 euros y para garantizar su devolución, el 25 de abril de 2007 se novó una hipoteca de máximo.

Como también declara probado la Audiencia, Jesús Luis «es un inversor experimentado, de perfil arriesgado, con conocimientos y experiencia previa en productos de riesgo y, en concreto, en productos estructurados, que antes de suscribir el contrato litigioso había realizado numerosas operaciones financieras con el Banco demandado con resultado diverso, pero, en general, favorable para sus intereses, operaciones de las que existe una profusa documentación en autos que no ha sido en modo alguno desvirtuada (...)». En concreto, los clientes, el año anterior, en marzo de 2006, habían suscrito un contrato de adquisición de un producto estructurado idéntico, un tridente, por un importe de 2.970.000 euros.

En el contrato de adquisición del producto estructurado, la cláusula tercera debía exponer la fórmula para valorar el importe de devolución a la fecha de vencimiento, en el caso en que no se cumplieran las condiciones convenidas, pero omite la concreta fórmula de cálculo.

El tenor literal de la cláusula es:

«Si no se hubiera cumplido ninguna de las condiciones anteriores, Santander Central Hispano pagará un Importe de Devolución en la Fecha de Vencimiento calculado de acuerdo con la siguiente fórmula: .....».

Entre la información precontractual suministrada por el banco, se encuentra una hoja impresa correspondiente a una presentación, firmada por Jesús Luis , con el siguiente contenido:

«Cancelable "Bancos Rentas"»



- Duración: 3 años
- Capital Garantizado: No
- Importe mínimo: 3.000.000 Eur
- Subyacentes: BBVA, BNP, ING
- Final Año 1: Cupón 6% + 12% si las 3 acciones están por encima precio inicio
- Final Año 2: Cupón 6% + 12% si las 3 acciones están por encima precio inicio
- Final Año 3: Cupón 6% + 12% si las 3 acciones están por encima precio inicio
- Si no se ha cancelado, a vencimiento nos devuelve el 100% del principal si en ningún momento alguna acción ha caído un 60% con respecto al precio de inicio.
- Si hubiera caído alguna acción mas del 60% a vencimiento nos devolverían el principal minorado en la pérdida de la peor de las tres acciones.
- Ejemplo: Si en algún momento tocó la barrera de 60% y a vencimiento BNP cae un 7% nos devolverían un 93% del principal.»

2. En su demanda, Jesús Luis y Sandra pidieron la nulidad del contrato de 26 de abril de 2007, de adquisición del producto estructurado tridente, así como de los contratos vinculados, el de préstamo y la garantía hipotecaria constituida para garantizar su devolución. El motivo de la nulidad era que la cláusula tercera del contrato omitía la fórmula de valoración del importe objeto de devolución en caso de vencimiento, cuando no se cumplían las condiciones que justificaban la restitución de la cantidad invertida. Esta omisión, a juicio de los demandantes, justificaba la nulidad absoluta del contrato en virtud del art. 6.3 CC .

Pero también se solicitó la anulabilidad del contrato de adquisición del producto estructurado por error vicio, provocado por el defecto de información sobre los riesgos que encerraba el producto, en concreto, lo relativo al cálculo de la liquidación en caso de incumplimiento de las condiciones pactadas para la restitución íntegra de la cantidad invertida.

La nulidad solicitada se debía extender, según la demanda, a los demás contratos vinculados, el préstamo y la constitución de la garantía hipotecaria.

3. La sentencia de primera instancia desestima la acción de nulidad y también la de anulabilidad, al entender que la información omitida podía integrarse con el contenido del documento núm. 34 de la contestación a la demanda, firmado por el demandante, en el que se contiene la información que debía aparecer en la fórmula omitida en la cláusula 3ª del contrato. Esta circunstancia le lleva a concluir al juzgado que el cliente conocía esa información antes de firmar el contrato, por lo que no hubo error al respecto. Además, para valorar la ausencia de error vicio, la sentencia tiene en cuenta que el cliente era un inversor experimentado en estos productos de riesgo y que tenía un perfil inversor arriesgado.

La sentencia también rechaza que la omisión de la reseñada información en el contrato y la falta de entrega del folleto de emisión dieran lugar a una nulidad absoluta basada en el art. 6.3 CC .

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los dos clientes demandantes. La Audiencia, si bien rechaza que haya existido error vicio en la contratación del producto estructurado tridente, en atención al perfil inversor del cliente y a su experiencia inversora en este producto, que le permitía conocer los riesgos del producto, sí aprecia la nulidad absoluta del contrato por lo que considera una omisión de un elemento esencial («la fórmula por la que se ha de calcular el Importe de Devolución del capital invertido en caso en que no se cumplan ninguno de las o hitos condiciones, que de concurrir, determinarían que la cantidad que debe pagar el Banco sea igual o superior al principal invertido»).

«Esta omisión -razona la sentencia de apelación- no puede ser integrada ni de la lectura de la parte legible de la citada estipulación tercera, ni por el contenido de las demás cláusulas del contrato ( art. 1258 CC ), pues en ninguna de ellas se establece cuál es el contenido de la citada fórmula; así lo han entendido tanto la parte demandada, "BANCO DE SANTANDER, S.A.", como la Juzgadora de primera instancia, que han acudido a documentos ajenos al contrato, aportados por el Banco demandado al contestar a la demanda, para completar la estipulación, criterio que no podemos compartir. Un producto financiero complejo como el estructurado que nos ocupa con riesgo de pérdida del capital invertido, en el que el inversor debe tener una información puntual y detallada del riesgo que asume, no puede quedar a expensas de que la obligación esencial del Banco de pagar el Importe de Devolución se complete con fórmulas matemáticas extraídas de cualquier otro contrato celebrado entre las partes por muy semejante que pueda ser (documento nº 17 de la contestación a la demanda), como entiende la sentencia recurrida, ni por el contenido de folletos informativos que no se refieren



al producto contratado, y que ni siquiera consta que hayan sido entregados a los inversores (documentos 33 y 34 de la contestación a la demanda), pues ello supondría en definitiva dejar en manos de una de las partes, la entidad bancaria, la determinación de la forma en que debe dar cumplimiento a su obligación de devolución del capital invertido. Entendemos por el contrario, que dada la trascendencia de la omisión en cuanto afecta directamente a uno de los elementos esenciales del contrato, la cuestión sólo puede ser resuelta acudiendo a las reglas generales de interpretación, y, en concreto, a lo previsto en el último párrafo del artículo 1289 del Código Civil. Siendo imposible conocer cuál era la fórmula matemática que debería regir la devolución del capital invertido por el Banco en el caso de no darse ninguno de los hitos o condiciones pactadas que determinan el contenido de las obligaciones del Banco, el contrato debe reputarse nulo en su totalidad, pues es evidente que las partes no lo hubieran celebrado sin la estipulación omitida».

Y luego extiende la nulidad no sólo a la totalidad del contrato de adquisición del producto estructurado tridente, sino también a parte del préstamo obtenido para financiar la inversión, en concreto, hasta el importe empleado para la inversión (3.300.000 euros). Desestima expresamente que la nulidad afecte a la constitución de la hipoteca de máximo, sin perjuicio de los efectos que la nulidad declarada pueda ocasionar en la novación de la hipoteca de máximo.

5. Frente a la sentencia de apelación, Banco Santander formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

6. *Formulación del motivo primero*. El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24 CE, en relación con los arts. 217.1 y 2 LEC, por ilógica o arbitraria valoración de la prueba en relación con la falta de concurrencia de un elemento esencial del contrato.

En el desarrollo del motivo se muestra como primera arbitrariedad o valoración irracional, la que subyace al razonamiento de la sentencia recurrida en que, después de constatar la ausencia de la fórmula de liquidación en la cláusula tercera del contrato, para justificar que su contenido no pueda integrarse con otros documentos que contendrían la información precontractual, y en concreto con los documentos núms. 33 y 34 de la contestación a la demanda, afirma que «ni siquiera consta que hayan sido entregados a los inversores». Esta afirmación sobre un hecho, que los documentos hubieran sido entregados al cliente antes de la firma del contrato de adquisición de valores, es arbitraria porque la sentencia apelada había considerado que sí lo habían sido y los apelantes expresamente manifestaron en su recurso de apelación: «no se discute la validez y eficacia de este documento» (documento 34, que aparece firmado por el Sr. Jesús Luis).

También denuncia que la sentencia declare nulo en su totalidad el contrato, con el siguiente razonamiento: «es evidente que las partes no lo hubieran celebrado sin la estipulación omitida». El recurso entiende que «estamos ante una pura especulación que la sentencia eleva poco menos que al rango de categoría y que carece del más mínimo fundamento lógico y racional».

Procede estimar en parte el motivo, por las razones que exponemos a continuación.

7. *Estimación en parte del primer motivo*. Como en otras ocasiones, hemos de recordar que, aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

De ahí que no pueda ser objeto de revisión la valoración jurídica contenida en la sentencia sobre la omisión de la fórmula de liquidación, según la cual, el contrato es nulo en su totalidad porque «es evidente que las partes no lo hubieran celebrado sin la estipulación omitida». Se trata de una valoración jurídica cuya corrección no puede ser revisada como pretende el recurrente, en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Sí que puede revisarse la valoración que entraña la afirmación de la sentencia de que no consta que el documento nº 34 de la contestación a la demanda, que es una hoja de presentación con los datos esenciales del producto estructurado tridente que se le ofrecía al cliente, hubiera sido entregado al cliente. La valoración, que subyace a esta afirmación, acerca del hecho de si el documento fue o no entregado al cliente, entra en contradicción con la circunstancia de que la sentencia apelada hubiera considerado probado que sí se había entregado este documento, y que en el recurso de apelación formulado por los clientes demandantes se afirmara: «no se discute la validez y eficacia de este documento». Siendo un hecho no discutido, constituye una valoración arbitraria de la sentencia apelada afirmar que no consta que hubiera sido entregado a los clientes.



Esta valoración arbitraria de la prueba documental ha podido ocasionar indefensión, si con ello se justifica que los clientes hubieran firmado el contrato sin conocer la fórmula de liquidación.

**8. Formulación del motivo segundo** . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 24 CE , en relación con el art. 218 LEC , al incurrir la sentencia en motivación irrazonable o arbitraria, por considerar imposible resolver cualquier duda sobre el objeto del contrato o conocer la intención o voluntad de los contratantes.

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

**9. Desestimación del motivo segundo** . 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 en este segundo motivo.

El razonamiento seguido por la sentencia recurrida permite conocer las razones por las que entiende que el contrato de adquisición del producto estructurado tridente es nulo en su totalidad. En el fundamento jurídico séptimo se razona que la ausencia en el contrato de la fórmula por la que se debía calcular el importe de la devolución del capital invertido en el caso en que no se hubieran cumplido las condiciones pactadas para la íntegra restitución de la totalidad de la inversión, no podía integrarse con ningún otro documento, y, en la medida en que afecta a un elemento esencial, determinaba su nulidad: «siendo imposible conocer cuál era la fórmula matemática que debería regir la devolución del capital invertido por el Banco en el caso de no darse ninguno de los hitos o condiciones pactadas que determinan el contenido de las obligaciones del Banco, el contrato debe reputarse nulo en su totalidad, pues es evidente que las partes no lo hubieran celebrado sin la estipulación omitida». 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.

### Recurso de casación

**10. Formulación de los motivos primero y segundo** . El *motivo primero* se basa en la infracción de los arts. 1281, párrafo segundo , y 1282 del Código Civil , en relación con la jurisprudencia que los interpreta. Esta infracción se produjo porque la sentencia no tuvo en consideración que el contrato podía integrarse con la información precontractual, en concreto, con el documento núm. 34 de la contestación a la demanda, en donde se reseña la fórmula de liquidación. Esta información es suficiente para que el contrato pueda operar y cumpla el requisito de claridad.

El *motivo segundo* denuncia la infracción del art. 6.3 del Código Civil , en relación con los arts. 1278 , 1300 y 1273 del Código Civil , y la jurisprudencia que los interpreta. En el desarrollo de este segundo motivo se advierte que pese a haberse estimado la petición de nulidad del contrato formulada al amparo del art. 6.3 CC , la sentencia no especifica cual era el precepto legal cuya infracción determinaba la nulidad.

Procede estimar ambos motivos, que serán analizados conjuntamente, por las razones que exponemos a continuación.

**11. Estimación de los motivos primero y segundo** . La sentencia de apelación, en su fundamento jurídico cuarto, después de ratificar las consideraciones realizadas por el juzgado de primera instancia sobre la condición de Jesús Luis como «inversor experimentado, de perfil arriesgado, con conocimientos y experiencia previa en productos de riesgo», expresamente concluye: «por lo que no cabe apreciar el vicio en el consentimiento a la vista del contenido de los contratos concertados, finalidad perseguida y nivel de conocimientos financieros...». Con ello, la Audiencia ratificó la desestimación de la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento de los demandantes.

Sin embargo, la sentencia de apelación sí estimó la acción de nulidad del contrato «por oscuridad o dudas relevantes en una de sus cláusulas, en concreto, por el hecho de que la estipulación tercera, que define el importe de devolución del capital invertido, aparezca parcialmente incompleta». Esto es, porque «aparecen



unos puntos suspensivos en el lugar donde debería constar extendida la fórmula matemática que debería utilizarse para calcular el Importe de Devolución a pagar por el Banco al inversor en el caso de que no se dieran en las fechas previstas ninguna de las condiciones pactadas». Después de rechazar que pueda integrarse esta omisión con la información precontractual, añade: «dada la trascendencia de la omisión en cuanto afecta directamente a uno de los elementos esenciales del contrato, la cuestión sólo puede ser resuelta acudiendo a las reglas generales de interpretación, y, en concreto, a lo previsto en el último párrafo del artículo 1289 del Código Civil . Siendo imposible conocer cuál era la fórmula matemática que debería regir la devolución del capital invertido por el Banco en el caso de no darse ninguno de los hitos o condiciones pactadas que determinan el contenido de las obligaciones del Banco, el contrato debe reputarse nulo en su totalidad, pues es evidente que las partes no lo hubieran celebrado sin la estipulación omitida».

Estas razones que aduce la Audiencia no justifican la nulidad absoluta del contrato.

Al margen de que, como denuncia el recurso, la acción de nulidad absoluta se basó en el art. 6.3 CC y la sentencia no especifica qué norma imperativa o prohibitiva habría sido la infringida que determinara la nulidad, ya hemos expuesto en otras ocasiones que 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 ). 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. Pero la propia sentencia expresamente excluye que haya existido error vicio.

Si la nulidad se ha acordado sobre la base de lo preceptuado en el art. 1289 CC , no se cumplen los presupuestos legales. Conforme a este precepto, « cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes (...), si (...) recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo ». Como consecuencia de la estimación en parte del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, hemos de partir del hecho acreditado de que existió la información precontractual que consta en el documento 34 de la contestación a la demanda firmado por el Sr. Jesús Luis (su contenido está reseñado en el fundamento jurídico 1 de esta sentencia). En ella se informa de los tres valores subyacentes (BBVA, BNP e ING), de los cupones anuales que podían devengarse y, lo que ahora interesa, en qué condiciones se restituiría el capital invertido al término del contrato:

«Si no se ha cancelado, a vencimiento nos devuelven el 100% del principal si en ningún momento alguna acción ha caído un 60% con respecto al precio de inicio.

»Si se hubiera caído alguna acción más del 60% a vencimiento nos devolverían el principal minorado en la pérdida de la peor de las tres acciones.

»Ejemplo: Si en algún momento tocó la barrera de 60% y a vencimiento BNP cae un 7% nos devolverían un 93% del principal».

Esta información precontractual integra el contrato de adquisición del producto estructurado tridente. La firma por parte del Sr. Jesús Luis de este documento 34 muestra que prestó consentimiento a que las condiciones del contrato fueran las reflejadas en el mismo, por lo que no estamos ante una imposibilidad absoluta de conocer cuál fue la voluntad de las partes respecto de los términos en que se restituiría el capital invertido al vencimiento del contrato. De esta información precontractual firmada por el cliente se desprende que las partes convinieron en la reseñada fórmula de restitución del capital invertido al vencimiento del contrato. Por ello, no se cumple el presupuesto legal de la nulidad prevista en el párrafo segundo del art. 1289 CC .

En consecuencia, casamos la sentencia y confirmamos la dictada en primera instancia.

### **Costas**

**12.** Estimado en parte el recurso extraordinario por infracción procesal, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso ( art. 398.2 LEC ).

Estimado el recurso de casación, tampoco imponemos las costas a ninguna de las partes ( art. 398.2 LEC ).

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

### **FALLAMOS**

1º Estimar en parte el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20ª) de 24 de junio de 2013 ,



que conoció de la apelación formulada contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 82 de Madrid de 6 de febrero de 2012 (juicio ordinario núm. 873/2009).

2º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20ª) de 24 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva dejamos sin efecto.

3º Acordar la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por la representación de Jesús Luis y Sandra contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 82 de Madrid de 6 de febrero de 2012 (juicio ordinario núm. 873/2009), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

4º No hacemos expresa condena respecto de las costas de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

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.