



Roj: STS 7822/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100689  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 796/2010  
Nº de Resolución: 660/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL  
Tipo de Resolución: Sentencia

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 660/2012

**Fecha Sentencia :** 15/11/2012

**CASACIÓN**

**Recurso Nº :** 796 / 2010

**Fallo/Acuerdo:**

**Votación y Fallo:** 17/10/2012

**Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho

**Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

**Escrito por :** PBM

**Nota:**

**Contratos sobre productos financieros. Falta de identidad de sus vencimientos y las subyacente de crédito. Circunstancias del caso.**

**CASACIÓN Num.:** 796/2010

**Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**Votación y Fallo:** 17/10/2012

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**SENTENCIA Nº:** 660/2012

**Excmos. Sres.:**

**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**D. Ignacio Sancho Gargallo**

**D. Rafael Gimeno Bayón Cobos**

En la Villa de Madrid, a quince de Noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por don Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios , representados por la Procurador de los Tribunales doña María Rodríguez Puyol, contra la sentencia dictada el veinticuatro de febrero de dos mil diez, por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid , que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y ocho de Madrid. Es parte recurrida Banco de Santander, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Por escrito registrado por el Juzgado Decano de Madrid el dieciocho de febrero de dos mil nueve, la Procurador de los Tribunales doña María Rodríguez Puyol, obrando en representación de don Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander, SA.

En dicho escrito, la representación procesal de los demandantes alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que don Jose Daniel estaba casado con doña Almudena y que ambos eran padres de los otros tres demandantes, doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios . Que don Jose Daniel era administrador, entre otras sociedades, de Iniciativas y Promociones Canarias, SA (Improcansa), la cual había intervenido como garante en las operaciones financieras a que se refería el litigio.

Que, en mayo de dos mil cinco, Banco de Santander, SA (BSCH, SA) propuso a don Jose Daniel la adquisición, previa concesión de crédito, de determinados productos financieros estructurados. Que, en concreto, le propuso convenir un " *depósito estructurado auto cancelable de capital no garantizado ligado a la evolución de acciones de renta variable* ". Que, como consecuencia de esa propuesta, el tres de octubre de dos mil cinco, don Jose Daniel y doña Almudena firmaron, con Banco de Santander, SA, una póliza de crédito, por importe de un millón de euros (1.000.000 #) que fue expresamente destinado a la adquisición de valores negociables, con vencimiento el tres de noviembre de dos mil nueve. Que, conforme a lo convenido en una cláusula adicional de la póliza, la referida cantidad fue objeto de garantía pignoraticia y quedó en poder de Banco de Santander, SA " *para responder [...] del cumplimiento de cuantas obligaciones de pago le incumben en relación con la póliza que se adiciona* ".

Que, en la misma fecha, los cónyuges demandantes y sus tres hijos firmaron un " *contrato de descuento estructurado* " y entregaron a Banco de Santander otro millón de euros (1.000.000 #), con el pacto de una retribución en forma de interés del diez por ciento, a abonar el cuatro de octubre de dos mil siete y, además, " *un interés adicional en función del comportamiento de las acciones bursátiles subyacentes* " - de Telefónica, SA, de Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, SA e Iberdrola, SA -.

Añadió que el siete de abril de dos mil seis, los cónyuges demandantes, con la misma finalidad de adquirir tal tipo de activos financieros, firmaron con Banco de Santander, SA otra póliza de crédito de tres millones de euros (3.000.000 #), con la garantía de Improcansa y fecha de vencimiento el siete de abril de dos mil nueve. Que, conforme a una cláusula adicional, la referida cantidad fue igualmente depositada como garantía pignoraticia " *para responder ante BSCH, SA del cumplimiento de cuantas obligaciones de pago le incumben en relación con la póliza que se adiciona* ". Que el cinco de abril de dos mil seis los cónyuges don Jose Daniel y doña Almudena suscribieron el previsto contrato de producto estructurado, pactando que el rendimiento quedaba " *ligado a la evolución de las acciones ordinarias de France Telecom* ".

Que tras esas operaciones, Banco de Santander, SA propuso implicar en las sucesivas a los tres hijos de los repetidos cónyuges. Que, así, el siete de abril de dos mil seis, doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios firmaron, con la misma finalidad, sendas pólizas de crédito hasta un millón de euros (1.000.000 #) cada una, con vencimiento fijado para el siete de abril de dos mil nueve y con la garantía de Improcansa, SA, así como otros tantos contratos de productos estructurados, por el mismo importe, referidos al valor de las acciones de France Telecom.

También alegó que, un año más tarde, en abril y octubre de dos mil siete, las referidas operaciones financieras fueron canceladas anticipadamente y sustituidas por otras, con cargo a las pólizas de crédito inicialmente convenidas.

Que el cuatro de mayo de dos mil siete, don Jose Daniel , doña Almudena y sus tres hijos doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios contrataron, por tres millones de euros (3.000.000 #), los dos primeros, y por un millón de euros (1.000.000 #), cada uno de los demás, unos denominados " *productos estructurados tridentes* ", materializados en forma de depósito y vinculados a la evolución de las acciones de Banco Bilbao

Vizcaya Argentaria, ING y BNP Paribas, con vencimientos establecidos en el cuatro de mayo de dos mil diez, distinto del señalado a las respectivas póliza de crédito.

Que lo propio hicieron, el siete de noviembre de dos mil once - rectificando errores de otro de veintitrés de octubre del mismo año - don Jose Daniel , doña Almudena y los tres hijos de ambos, con cargo a la póliza de crédito inicialmente identificada de un millón de euros (1.000.000 #), al contratar el referido producto estructurado por un millón doscientos mil euros (1.200.000 #), ligado a la evolución de las acciones de Deutsche Bank, Axa y Total.

Que, finalmente, el ocho de noviembre de dos mil siete, don Jose Daniel y doña Almudena celebraron otro contrato igual con Banco de Santander, SA, por importe de dos millones cuatrocientos mil euros, en relación con el valor de las acciones de Allianz, Deutsche Telekom y BNP Paribas.

Afirmó la representación procesal de los demandantes que los mencionados contratos constituían una unidad contractual indivisible, entre sí y con los de crédito, por lo que conforme a ello debían ser interpretados y tratados jurídicamente.

En los fundamentos de derecho hizo referencia al artículo 7 del Código Civil , afirmando la mala fe de la demandada, que debía haberles advertido del altísimo riesgo de la operación, de una forma clara, sencilla y directa y haberles concedido crédito sólo hasta el límite del capital disponible; al artículo 27 de la Directiva 2006/73, Comunidad Económica Europea , referido a la información a clientes y posibles clientes; a los artículos 1258 y 1261 del Código Civil , por inexistencia de consentimiento, con la alegación de que no fueron informados sobre los productos financieros y el alto riesgo que significaban, así como del intento de la demanda de dejarles con unos productos de riesgo, sin financiación para los mismos; a los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , por error en el consentimiento, pues, de haber sido informados debidamente, no hubieran contratado; al artículo 1274 del Código Civil , por ser ilícita la causa de los contratos por los hechos alegados; a la doctrina de los actos propios, con referencia a la información del Banco sobre que el producto no había sufrido variaciones; y a las normas sobre la imposibilidad de cumplir, como consecuencia de haber cancelado anticipadamente la demandada la financiación; y a la circular 3/2000 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La representación procesal de los demandantes refirió el suplico de la demanda a los contratos mencionados de cuatro de mayo, siete de noviembre y ocho de noviembre de dos mil siete - los denominados " depósito tridente BBVA, ING. Y BNP Paribas " convenidos, en diversos contratos, por don Jose Daniel , doña Almudena , por importe de tres millones de euros (3.000.000 #), por doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios , por un millón de euros cada uno (1.000.000 #); "depósito tridente Deutsche Bank-Axa-Total", concertados por todos los demandantes por nominal de un millón doscientos mil euros (1.200.000 #); y " depósito tridente Allianz-Deutsche Telekom y Deutsche Bank " que, por nominal de dos millones cuatrocientos mil euros (2.400.000 #), convinieron don Jose Daniel y doña Almudena .

En dicho suplico interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia que " *Primero. Declare nulos los siguientes contratos suscritos entre Banco de Santander y mis mandantes y que, como consecuencia la entidad demandada devuelva a mis representados los fondos propios aportados, así como los intereses legales, los intereses legales, los intereses, comisiones y gastos originados por las operaciones, deducidos los rendimientos obtenidos por mis representados como consecuencia de las mismas. Subsidiariamente. Declare anulables los precitados contratos, reintegrando el Banco a mis mandantes los importes de sus instrumentos financieros al valor que el propio Banco asigna en sus documentos números 22,23,24,25 y 26 y le comunica a mis representados, y con cargo a estos reembolsos se cancelen las pólizas que soportaban a las inversiones financieras. Subsidiariamente. Declare vigentes las pólizas que soportan financieramente los productos de inversión hasta el vencimiento de éstos. Especialmente la señalada en el hecho octavo, que fue cancelada tal y como se describe en el hecho décimo de manera unilateral por la demandada sin cumplir los requisitos establecidos para ello. Segundo. Se condene a la parte demandada al pago de las costas del presente procedimiento* ".

**SEGUNDO.** La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y ocho de Madrid, que la admitió a trámite por auto de veinticuatro de marzo de dos mil nueve , conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 549/2009.

La demandada fue emplazada y se personó en las actuaciones representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo, el cual, en ejercicio de dicha representación, contestó la demanda.

En el escrito de contestación, la representación procesal de Banco de Santander, SA, tras concretar las peticiones de los demandantes y describir las características de los contratos de cuya nulidad se trataba, en cuanto inversiones financieras de riesgo, en los que, sin garantía de la devolución del principal invertido, el rendimiento del capital venía determinado por lo convenido en las cláusulas segunda y tercera, de modo que el cliente tenía la posibilidad de obtener un rendimiento muy superior a las imposiciones a plazo, pero con la posibilidad de perder todo o parte del capital invertido, de lo que era previa y minuciosamente informado.

Alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que en octubre de dos mil siete se había cumplido la condición prevista en la cláusula tercera de los contratos, razón por la que, de acuerdo con lo pactado, por su parte devolvió a los titulares el importe del principal depositado, con el interés pactado y el rendimiento acordado. Que en dicho momento los demandantes podían haber cancelado las pólizas de crédito, que no vencían hasta el tres de noviembre de dos mil siete y que, pese a ello, no lo hicieron y suscribieron otro contrato de producto estructurado, en el que entregaron al Banco la suma de un millón doscientas mil euros (1.200.000 #), de los que un millón (1.000.000 #) procedían de la póliza de crédito de tres de octubre de dos mil cinco. Que a día de la contestación los contratos de producto estructurado tridente estaban en vigor, pues no habían vencido los plazos pactados ni se había pedido la cancelación anticipada. Que lo mismo sucedía con la póliza de crédito de tres de octubre de dos mil cinco, que no vencía hasta el tres de noviembre de dos mil nueve.

Añadió que se trataba de operaciones financieras denominadas "*producto o depósito estructurado de capital no garantizado ligado a la evolución de acciones de renta variable*", si bien con la solidez derivada del valor reconocido internacionalmente a todas las acciones subyacentes, cotizadas en los principales mercados bursátiles. Que, por virtud de esos contratos, sin garantía de devolución del capital invertido, el rendimiento del mismo se hacía depender, según las cláusulas segunda y tercera del contrato, del cumplimiento de determinadas condiciones. Añadió que en los contratos se hizo contar que "*el titular manifiesta que ha tomado su propia decisión libre e independientemente sobre la conveniencia u oportunidad de contratar el producto estructurado... que ha recibido las oportunas advertencias por parte de Santander Centra Hispano sobre los riesgos del producto y, en concreto, sobre la posibilidad de que la rentabilidad del mismo sea negativa*".

Negó la existencia de las causas de nulidad, ya que los inversores eran personas capacitadas, con formación y experiencia adquirida en otras inversiones y asesoramiento cualificados, los contratos cuya nulidad se pretendía eran operaciones a medida, para las que se seleccionó a petición expresa del cliente las acciones subyacentes. Que, en definitiva, se trató de operaciones diseñadas a conveniencia de los demandantes y que su director de banca privada informó a los demandantes de las características y riesgos de la operación, de modo que la afirmación de los actores de que no fueron informados carecía de fundamento. También negó que hubiera cancelado anticipadamente ninguna póliza de crédito de los demandantes. Finalmente, negó los correlativos hechos de la demanda.

En el suplico de la demanda interesó del Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y ocho de Madrid una 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 citados demandantes".

**TERCERO.** Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y ocho de Madrid dictó sentencia con fecha diecisiete de septiembre de dos mil nueve , con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por don Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios , representados por la Procurador de los Tribunales doña María Rodríguez Puyol, contra Banco Santander, SA, representado por el Procurador don Eduardo Codes Feijoo, absolviendo a ésta de los pedimentos de la actora y expresa imposición a dicha parte de las costas causadas*".

**CUARTO.** La representación procesal de don Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y ocho de Madrid de diecisiete de septiembre de dos mil nueve .

Cumplidos los trámites, las actuaciones fueron elevadas a la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se turnaron a la Sección Decimoctava de la misma, que tramitó el recurso de apelación, con el número 24/2010, y dictó sentencia con fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez , con la siguiente parte dispositiva: "*Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora señora Rodríguez Puyol, en nombre y representación de don Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios , contra la sentencia de fechadiecisiete de septiembre de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y ocho de Madrid, en el juicio ordinario número 549/09, debemos*

confirmar y confirmamos la misma, haciendo expresa imposición de las costas producidas en esta alzada a los apelantes " .

**QUINTO.** La representación procesal de don Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios preparó e interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de veinticuatro de febrero de dos mil diez .

Dicho Tribunal de apelación, por providencia de veintinueve de abril de dos mil diez, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de ocho de marzo de dos mil once , decidió: *"Admitir el recurso de casación formalizado por la representación procesal dedon Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios , contra la sentencia dictada, el veinticuatro de febrero de dos mil diez, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimoctava), en el rollo de apelación número 24/10 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 549/09 del Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y ocho de Madrid"*.

**SEXTO.** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios contra la sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de veinticuatro de febrero de dos mil diez , se compone de cinco motivos, en los que los recurrentes, con apoyo en la norma del ordinal segundo del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

**PRIMERO .** La infracción del artículo 7 del Código Civil .

**SEGUNDO .** La infracción del artículo 1258 del Código Civil .

**TERCERO .** La infracción de los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil .

**CUARTO .**La infracción de la doctrina de los actos propios.

**QUINTO .**La infracción de la doctrina de los denominados contratos coligados.

**SÉPTIMO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación del Banco Santander, SA, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

**OCTAVO.** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el diecisiete de octubre dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Breve resumen de los antecedentes.

El litigio a que se refiere el recurso de casación que hemos de decidir surgió en el funcionamiento de diversos contratos celebrados por los cónyuges demandantes - don Jose Daniel y doña Almudena - y sus tres hijos - doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios -, con Banco de Santander, SA, los días cuatro de mayo, siete y ocho de noviembre de dos mil siete. Por medio de dichos contratos ambas partes regularon el futuro de unas inversiones financieras de riesgo, sin garantía de la devolución del principal invertido, en las que la retribución a que tenían derecho los inversores consistía, en parte, en un tanto por ciento semestral, y, adicionalmente, en un interés dependiente de la cotización que, en los mercados y fechas establecidas, alcanzaran las acciones representativas del capital de algunas grandes sociedades, todo ello en las condiciones pactadas.

Hay que indicar, como alegó en el escrito de contestación la entidad demandada, que en la fecha de interposición la demanda - y en la de aquel - el régimen de las inversiones se hallaba todavía en vigor, por no haber llegado las fechas de sus vencimientos finales.

Realmente, el litigio no se proyectó sobre el resultado de dichas operaciones ni sobre la validez de las reglas contractuales que las regularon, sino sobre la relación entre los contratos de inversión y otros antecedentes, de crédito, también convenidos con Banco de Santander, SA, al quedar sobrevenidamente sometidos a vencimientos distintos.

Propiamente, el supuesto litigioso, tal como ha quedado fijado en la instancia, es el siguiente: los demandantes recurrieron al crédito concedido por la demandada para efectuar las inversiones, pero, al sustituir los contratos que, para regularlas, habían celebrado inicialmente - en los años dos mil cinco y dos mil seis -

por los litigiosos - del dos mil siete - no cancelaron ni prorrogaron los de crédito, de modo que estos vencerán antes. Así lo expresó con toda claridad el Tribunal de apelación en el fundamento de derecho primero de su sentencia - "*[...] se suscribieron las pólizas de crédito para un contrato de inversión estructurado distinto de los que son objeto de este procedimiento y [...] vencido dicho contrato de inversión, no se produjo la cancelación de las pólizas que lo soportaban, sino que se utilizaron por las partes las citadas pólizas de crédito para financiar contratos de inversión distintos [...]*" -.

En la demanda pretendieron los cónyuges don Jose Daniel y doña Almudena , junto con sus tres hijos, la anulación de los contratos de inversión - denominados "*de producto financiero tridente*" -, celebrados en el año dos mil siete, con la alegación de que Banco de Santander, SA no les había advertido del altísimo riesgo de la operación, tal como quedó finalmente diseñada, por razón de los distintos vencimientos, generando de ese modo error en la formación de sus voluntades, luego expresadas para consentir. Con carácter subsidiario, interesaron de los órganos judiciales de ambas instancias la declaración de que sus deudas, nacidas de los contratos de crédito, sólo vencerían cuando lo hicieran los nuevos contratos reguladores de la inversión financiera.

En las dos instancias tales pretensiones fueron íntegramente desestimadas. En concreto, el Tribunal de apelación lo decidió así tras considerar que Banco de Santander, SA había cumplido el deber precontractual de veracidad informativa respecto de sus clientes, así como que la diversidad de vencimientos respondía a la voluntad no viciada de las dos partes. En definitiva, declaró que los demandantes no habían sufrido error vicio alguno al no unificar el régimen de los respectivos contratos.

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron los demandantes recurso de casación por cinco motivos.

A la admisión del recurso se opuso la sociedad demandada, por el trámite previsto en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegando que, en la demanda, la cuantía había sido calificada como indeterminada.

Dicha oposición debe ser rechazada, dado que, supuesta la plena legitimidad de este Tribunal Supremo para decir la última palabra acerca de la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, entre ellos, el relativo a la determinación del verdadero objeto litigioso y la cuantía que al mismo corresponde - sentencia 30/2001, de 16 de febrero -, resulta evidente en el caso, a partir de los propios datos reflejados en los escritos de alegación de las partes y fijados en las sentencias de los Tribunales de las instancias, la existencia de un interés económico en conflicto notoriamente superior al establecido para el acceso a este recurso por la norma del ordinal segundo del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## **SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del primer motivo del recurso de casación y razones determinantes de su desestimación.**

I. Denuncian los recurrentes en este primer motivo la infracción del artículo 7 del Código Civil , regulador de la buena fe.

Alegan que Banco de Santander, SA no había actuado según ese modelo o arquetipo de conducta al contratar con ellos, pues no les había informado de los graves riesgos que la contratación de las inversiones financieras generaba por faltar la inicial coincidencia de sus vencimientos con los subyacentes de crédito, posibilitando una exigibilidad previa e independiente de la deuda causada por éstos.

Añaden que, de haber sido advertidos sobre esos riesgos, no habrían contratado o lo hubieran hecho sólo en una medida que no superase la verdadera capacidad económica que tenían.

Al explicar el fundamento del motivo afirmaron los recurrentes también producida la infracción del artículo 4 de la Ley 26/1988, de 29 de julio , sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, sin mencionar el apartado del mismo al que se referían.

II. El motivo se desestima, por cuanto - además de que la referencia a una cláusula general, como es la buena fe, no liberaba de la carga de identificar la norma legal, de entre las numerosas y prolijas que regulan la contratación de instrumentos financieros, que hubiera podido ser infringida -, incurrían en él los demandantes en una petición de principio, dado que el Tribunal de apelación declaró probado - fundamento de derecho tercero de su sentencia - que, además de que en los contratos aparecía descrito "*claramente el riesgo que existe en la inversión*", don Jose Daniel , que representaba a los demás miembros de su familia,

fue informado " *con imparcialidad y rigor, explicándole todos los elementos relevantes y advirtiéndolo de los riesgos, muy especialmente cuando se trata de productos financieros de alto riesgo* ".

En definitiva, afirman los recurrentes unos hechos que son contrarios a los declarados probados en la instancia, al fin de extraer consecuencias favorables a su recurso de lo que procesalmente no es más que una falsa premisa, cuya certeza deberían previamente haber demostrado en el proceso.

**TERCERO. Enunciado y fundamento del segundo motivo del recurso y razones que determinan su desestimación.**

I. Señalan los recurrentes en este motivo como norma infringida la del artículo 1258 del Código Civil .

Alegan que la entidad demandada venía obligada a mantener la inexigibilidad de sus derechos de crédito originados por la financiación subyacente, hasta el vencimiento de las relaciones jurídicas nacidas de los nuevos contratos que, sobre los productos financieros estructurados, ambas partes celebraron en el año dos mil siete.

Añaden que los contratos de crédito y de adquisición de los activos financieros constituían una unidad, de modo que, hasta que no se produjera el vencimiento de aquellos, no podían vencer estos.

II. Es cierto que los contratos de crédito celebrados por ambas partes litigantes en los años dos mil cinco y dos mil seis quedaron, por su expresa y común voluntad, conectados funcionalmente a los contratos de adquisición de activos perfeccionados en las mismas o próximas fechas, a cuya financiación servían las cantidades prestadas, con fines de garantía. Mas esa conexión desapareció cuando las partes, en ejercicio válido y no extralimitado de su autonomía de voluntad, actuaron la potencialidad normativa creadora que el ordenamiento les reconocía, pactando otros de adquisición de activos, en sustitución de los primeros, sin cancelar, modificar ni sustituir los de crédito.

Como declaró el Tribunal de apelación, dando valor al comportamiento contractual de los demandantes, la financiación no era " *el único medio de obtener el contrato de inversión [...], ya que pueden suscribirse contratos de inversión sin necesidad de suscribir contratos de financiación* ".

**CUARTO . Enunciado y fundamento del tercer motivo del recurso y razones que determinan su desestimación.**

I. Denuncian los recurrentes en este motivo la infracción de los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil .

Alegan que el consentimiento de todos estuvo viciado por error, ya que la voluntad que les impulsó a contratar fue la de adquirir los productos financieros estructurados con una financiación subyacente. Añaden que, dada su limitada solvencia, no serán capaces de hacer frente a las deudas nacidas de las pólizas de crédito, salvo que los vencimientos de las mismas coincidan con las de los contratos referidos a los productos financieros.

Al explicar el fundamento del motivo también se refieren a las normas de los artículos 1274 y 1275 del Código Civil , con la afirmación de que la causa de los contratos se había convertido en ilícita, como efecto de no haber adecuado la demandada el régimen de vencimiento de los de crédito, para unificar una operación que, según entienden, constituía una unidad.

II. El error vicio, que se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser, entre otros requisitos - en cuyo examen no consideramos necesario entrar, dadas las circunstancias -, excusable. Así lo exige la jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo, entre otras muchas -, que toma en consideración la conducta de quien lo sufre y niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoró - " *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* " (no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre) - y, en la situación de conflicto producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

El error alegado por los recurrentes, de haber existido realmente - lo que en la sentencia recurrida se niega, tras aplicar a los hechos declarados probados unos juicios de valor plenamente correctos -, sería inexcusable, por la sencilla razón de ser obvias las consecuencias de no someter unos y otros contratos al mismo régimen de vencimiento y de suponerse razonablemente que un grupo de personas - de las que, al menos uno, el cabeza de familia, había intervenido en anteriores operaciones iguales -, concedoras de

que adeudaban importantes cantidades de dinero - de varios millones de euros - a causa de contratos de crédito sometidos a determinados vencimientos, eran o debían ser conscientes de que, al cumplirse los plazos, habrían de soportar las reclamaciones de la insatisfecha acreedora.

Por otro lado, la referencia que a la ilicitud de la causa de los contratos contiene el motivo, como consecuencia de la repetida falta de coincidencia de unos y otros plazos, carece de todo fundamento. Precisamente el tipo de contrato relativo a los instrumentos de inversión de que se trata es considerado, tras la interpretación del complejo régimen legal que le es aplicable, como principal y autónomo, en el sentido de apto para un funcionamiento propio y desvinculado de sus antecedentes. Y no constan en el caso circunstancias que justifiquen entender otra cosa.

**QUINTO. Enunciado y fundamento del cuarto motivo del recurso y razones que determinan su desestimación.**

I. Denuncian los recurrentes en este motivo la infracción de la doctrina de los actos propios, sin mencionar norma alguna como infringida.

Afirman que Banco de Santander, SA les había remitido información periódicamente, por medio de extractos del movimiento de su cuenta, sobre el valor de los productos financieros, dándoles a conocer que los mismos no habían sufrido variación desde que los contrataron.

II. El motivo no debió haber sido admitido, ya que no contiene mención de la norma infringida y no corresponde al Tribunal Supremo la búsqueda de la que lo haya podido ser.

Por otro lado, se plantea en él una cuestión a la que no se refirió el Tribunal de apelación, lo que evidencia que ha de ser tratada como nueva o, en último caso, esto es, de haber sido incorrectamente omitida, necesitada de un previo recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEXTO. Enunciado y fundamento del quinto motivo del recurso y razones que determinan su desestimación.**

I. Denuncian los recurrentes en este motivo la infracción de la doctrina sobre los denominados contratos conexos, con el argumento de que el Tribunal de apelación no había tenido en cuenta que los de concesión de crédito y de adquisición de los productos financieros formaban una única operación económica, que quedaría improcedentemente fraccionada si se desvincularan los vencimientos respectivos.

II. El motivo no debía haber sido admitido, ya que en él no se menciona la norma supuestamente infringida, lo que en este trámite implica la concurrencia de causa de desestimación.

Además, ya se ha dicho que sería contrario a la regla - esencial en la contratación - "*pacta sunt servanda*" extender el vencimiento de los contratos de crédito subyacentes a los litigiosos, cuando por voluntad de las dos partes los plazos de vigencia de las respectivas relaciones quedaron configuradas distintamente en unos y otros.

**SÉPTIMO. Régimen de las costas del recurso de casación.**

En aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas del recurso de casación que desestimamos quedan a cargo de los recurrentes.

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

**FALLAMOS**

Declaramos no haber lugar a estimar el recurso de casación interpuesto por don Jose Daniel , doña Almudena , doña Felisa , don Arcadio y doña Remedios , contra la Sentencia dictada, con fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez, por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid .

Las costas del recurso de casación desestimado quedan a cargo de los recurrentes.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- **José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Gimeno Bayón Cobos.- Firmado y rubricado.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel** , Ponente que ha



vido 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 Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ