



DOC. 20

Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 11 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549454
FAX: 935549554
EMAIL: instancia54.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120228133257

Procedimiento ordinario

Materia: Juicio ordinario sobre productos y activos financieros

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 0976000004063822
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona
Concepto:

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Procurador/a: Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: Óscar Serrano Castells

Parte demandada/ejecutada: TRIODOS BANK NV
SUCURSAL EN ESPAÑA
Procurador/a: Ricard Ruiz Lopez
Abogado/a: [REDACTED]

SENTENCIA N° 144/2023

Magistrada Juez: Dª Zuriñe García Carrillo

Barcelona, 16 de junio de 2023

VISTOS por **DOÑA ZURIÑE GARCÍA CARRILLO**, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cincuenta y Cuatro de Barcelona, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos con el número 638/2022, sobre nulidad y resolución contractual, a instancia de **DOÑA [REDACTED]** [REDACTED] contra **TRIODOS BANK NV, SUCURSAL EN ESPAÑA**, procede dictar la presente resolución,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador de los Tribunales de la parte demandante, en la representación que ostenta, se interposo demanda de juicio ordinario ante la oficina de reparto del Juzgado Decano de esta ciudad, que por turno correspondió a este Juzgado, contra la citada parte demandada,



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





sobre nulidad y resolución contractual y reclamación de cantidad, y tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad del contrato por el que la parte actora adquirió los 1409 títulos de Certificados de Depósitos para Acciones de Triodos Bank por error vicio en el consentimiento interesando se condenara a TRIODOS BANK NV, SUCURSAL EN ESPAÑA a la restitución del importe de 106.950 €, más las comisiones, los gastos de custodia y más los intereses legales que correspondan desde su respectivo cargo en cuenta, debiéndose compensar de todo ello los importes de los rendimientos si los hubiere, y sus intereses; subsidiariamente, se declarase el incumplimiento por parte de TRIODOS BANK NV, SUCURSAL EN ESPAÑA, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los 1409 títulos de Certificados de Depósitos para Acciones de Triodos Bank interesando se condenea a la demandada a la restitución, en concepto de daños y perjuicios, del importe de 106.950 € , más las comisiones, los gastos de custodia y más los intereses legales que correspondan desde la interposición de esta demanda, debiéndose compensar de todo ello los importes de los rendimientos si los hubiere, y sus intereses; subsidiariamente a lo anterior, se declarase el incumplimiento por parte de TRIODOS BANK NV, SUCURSAL EN ESPAÑA., de sus obligaciones contractuales, y como consecuencia de ello, se declarase asimismo la resolución del contrato por el que la parte actora adquirió los 1409 títulos de Certificados de Depósitos para Acciones de Triodos Bank, interesando se condenease a la demandada a la restitución del importe de 106.950€ , más las comisiones, los gastos de custodia y más los intereses legales que correspondan desde la interposición de esta demanda, debiéndose compensar de todo ello los importes de los rendimientos si los hubiere, y sus intereses; y en cualquiera de los casos anteriores, se procediera a la restitución de los títulos a TRIODOS BANK NV, SUCURSAL EN ESPAÑA, o a quien ésta designe, con condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda por Decreto, se acordó emplazar a la parte demandada para que, en el término de veinte días, se



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe;





personase y la contestase.

TERCERO: Por la representación procesal de la parte demandada se presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando la desestimación de la demanda con condena en costas a la parte demandante. Por Diligencia de Ordenación se tuvo por contestada la demanda y se señaló para fecha para la celebración de la audiencia previa, con la asistencia del letrado y procurador de la actora y letrado y procurador de la parte demandada y tras manifestar no haber llegado a un acuerdo entre las partes, no concurriendo obstáculos procesales que impidan la continuación del pleito y que debieran ser resueltos en la Audiencia, pronunciándose las partes sobre los documentos presentados no impugnando ninguna de las partes la autenticidad de los presentados por la adversa sin perjuicio de la valoración de su contenido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 427 de la LEC, se fijaron los hechos del debate sobre los que existía controversia, solicitando a continuación el recibimiento del pleito a prueba. Por la actora se propuso como pruebas, documental consistente en dar por reproducidos los documentos acompañados a la demanda; más documental, y testifical. La demandada propuso como pruebas, documental consistente en dar por reproducidos los documentos acompañados a la contestación a la demanda, más documental, y testifical, y tras la admisión de las pruebas cuya práctica se declaró pertinente, se señaló fecha para la celebración del juicio. En el día de juicio comparecieron ambas partes representadas por Procurador y asistidas por Letrado, se practicaron las pruebas admitidas y tras su práctica los letrados de la actora y del demandado formularon los respectivos informes quedando los autos sobre la mesa de SS^a para dictar sentencia.

CUARTO: En la tramitación del presente juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





PRIMERO: En el presente procedimiento, la parte demandante interpone una demanda de NULIDAD CONTRACTUAL por error vicio en el consentimiento y devolución de cantidades y, subsidiariamente, reclamación de DAÑOS Y PERJUICIOS por incumplimiento de los deberes legales de información con base en los artículo 78 bis y 79 bis de la LMV y RESOLUCIÓN por incumplimiento de obligaciones contractuales y reclamación de daños y perjuicios, todo ello en relación a la comercialización de CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS PARA ACCIONES DE TRIODOS BANK (CDA TRIODOS BANK) a sustanciar por los trámites del juicio ordinario contra la demandada.

Basa su demanda en los siguientes hechos:

El producto financiero que es objeto de esta demanda fue adquirido por la parte actora mediante dos adquisiciones en febrero de 2012 y octubre de 2013 en la sucursal que la entidad demandada tiene en [REDACTED]
[REDACTED] de Barcelona. [REDACTED]

Fue en febrero de 2012 cuando la demandada le propuso colocar dichos ahorros en un producto sin vencimiento denominado Certificados de Depósitos para Acciones de Triodos Bank (CDA Triodos) que, inicialmente como veremos, respetaba el principio anunciado de no ser especulativo, a cambio de cierta rentabilidad anual, de carácter variable. La iniciativa para la contratación de este producto financiero no fue a instancias del cliente, prestando la demandada un Servicio de asesoramiento.

El motivo de esta demanda judicial es la comercialización defectuosa de un producto COMPLEJO a un cliente MINORISTA, denominado Certificados de Depósito para Acciones (CDA), comercializados por la entidad TRIODOS BANK sin las advertencias adecuadas sobre el concreto RIESGO DE MERCADO, en la que además se ofreció una información equívoca. Este riesgo se ha materializado en un doble perjuicio, por un lado, en la ausencia



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





absoluta de liquidez y, por lo tanto, en la imposibilidad de recuperar el dinero aportado, y en segundo lugar, en una pérdida considerable del valor de los títulos que está abocando, a su vez, a una pérdida de los ahorros aportados.

Dicho déficit en la información sobre el RIESGO DE MERCADO, consiste en que este producto se comercializó bajo la premisa informada de que las ofertas de compra y de venta se cruzarían en un mercado interno gestionado por TRIODOS BANK, donde éste establecía los precios de forma fija en base al valor neto patrimonial de la entidad. De este modo, según la propia entidad, se trataba de evitar la volatilidad de los precios propia de otros mercados externos y la especulación con estos CDA. Asimismo, se informó explícitamente que dichos títulos no concurrirían en un mercado de negociación multilateral.

Sin embargo, tras varios años después de la primera emisión, este mercado interno actualmente está suspendido desde marzo de 2020, de manera que la entidad demandada actualmente ha decidido prescindir de éste definitivamente y migrar los títulos a otro mercado externo de negociación multilateral donde dejará de estar gestionado por Triodos Bank, y el precio ya no se fijará en función del valor neto patrimonial de la empresa, sino que será un precio variable regido por las normas especulativas de la oferta y la demanda, alterando así de forma sustancial y sobrevenida una característica y riesgo esencial del producto. Lo trascendente aquí es que dicha posibilidad de sustitución del mercado y de alteración de las reglas de determinación del precio no estaba debidamente prevista ni advertida en el momento de la comercialización, por lo que los tenedores de títulos afectados están sufriendo la materialización de unos riesgos imprevistos en el prospecto y contrato del producto, esto es, la imposibilidad de recuperar sus ahorros en el momento en que los necesiten y una pérdida de valor patrimonial inaceptable.

El Resumen del folleto oficial de la emisión (Documento adjunto núm.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





2) publicado en la CNMV expresaba que "El modelo de banca de Triodos Bank no admite la especulación, por lo que no está previsto invertir en compañías cotizadas ni en productos financieros derivados o complejos".

Los CDA son certificados nominativos representativos de acciones ordinarias de la entidad TRIODOS BANK que no cotizan en la Bolsa Española y se representan mediante títulos valores sin vencimiento. Los tenedores de estos títulos ostentan los derechos económicos de las acciones pero no el derecho a voto como accionista. Estrictamente, son certificados que representan el depósito de acciones de sociedades extranjeras que no tienen autorización de oferta pública en nuestro país. Es así como las acciones están depositadas en su mercado de origen y lo que se negocia aquí es un certificado que acredita la existencia de dicho depósito. Si bien en un primer momento no fue así, actualmente la propia entidad emisora admite en su página web que el producto financiero está calificado como COMPLEJO.

Del tríptico resumen del folleto resulta que cada CDA se corresponde con una acción del banco y es objeto de negociación en un mercado interno, sobre la base de que el precio de transmisión tiene que ser igual al valor patrimonial contable en cada momento de la acción subyacente en cada CDA (denominado "valor liquidativo"). La razón de dicha fijación del precio es impedir la especulación con los CDA, garantizando que las transacciones sobre los mismos se efectúan en base a un precio objetivo. (...)

Rentabilidad

La rentabilidad de los CDA está vinculada a la de las acciones del banco. Depende, por tanto, de los resultados económicos de Triodos Bank en cada ejercicio. Dicha rentabilidad es variable y podría ser nula en el caso de que el banco no tuviera beneficios, ya que entonces no se podrían repartir estos ni se incrementaría el valor de los CDA con los beneficios no repartidos. La rentabilidad histórica ha sido positiva, aunque rentabilidades pasadas nunca garantizan rentabilidades futuras.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





Seguridad

En caso de resultados económicos negativos (pérdidas) del banco, el valor/precio de cada CDA, que es esencialmente coincidente con el valor neto contable de cada acción del banco, se puede reducir y, por tanto, perder parte o todo el dinero invertido, ya que el valor de los CDA depende del valor patrimonial de Triodos Bank. Si el banco experimentara pérdidas, el valor de los CDA se reduciría, y podría colocarse por debajo del coste de adquisición del CDA. Esta posibilidad negativa también ocurre con las acciones adquiridas en bolsa, pero en el caso de estas no depende solo del valor patrimonial de la empresa que emite las acciones, sino también de los vaivenes y especulaciones en los mercados. El valor de los CDA se ha ido incrementando cada año, pero ello no garantiza que estos no puedan perder valor en un momento determinado.

Liquidez

Los CDA no cotizan en mercados secundarios oficiales, sino que solo se pueden comprar o vender en el mercado interno de CDA que gestiona el propio banco (TriodosBank NV) en Holanda por delegación del emisor (SAAT). Triodos Bank NV Sucursal en España actúa como mero comercializador de los CDA en España. En principio, la liquidez del producto es más limitada que la de otros productos que cotizan en mercados oficiales o sistemas multilaterales de negociación, ya que estos están abiertos a todo el público en general y cotizan en mercados secundarios organizados.

Otra importante diferencia de los CDA con las acciones y demás productos de inversión que cotizan en bolsa es que los CDA se ven afectados por la medida antiespeculativa, consistente en que en el mercado interno de CDA hay que venderlos a un precio fijo predeterminado en cada momento y coincidente con el valor contable publicado por el banco. Por ello, no se puede bajar el precio de venta cuando se pretende vender y hacer líquido el producto rápidamente (lo que sí puede hacerse con las acciones que cotizan en



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





mercados secundarios oficiales). Sin embargo, los CDA cuentan, desde el punto de vista de la liquidez, con la ventaja de que el propio Triodos Bank mantiene una reserva económica (conocida como buffer), consistente en una cantidad de dinero que se aprueba en cada Junta General Anual de Accionistas, y que asciende a un 2% del capital del banco. Dicho buffer se usa para comprar CDA a los titulares interesados en su venta, de forma que hagan líquido el producto con rapidez. Luego, el banco vende esos CDA a terceros interesados en adquirirlos. Ese depósito de liquidez para comprar CDA se encuentra limitado cuantitativamente por lo que podríadarse el caso de que el titular desee vender CDA y no se pueda llevar a cabo la venta de inmediato.»

En el Resumen del folleto oficial de la campaña publicado en la CNMV en su versión de 2020, se afirmaba lo siguiente (Documento núm. 2, pág. 6): «Los certificados de depósito no cotizan en ningún mercado regulado o plataforma multilateral de negociación (MTF), ni tampoco existe ninguna intención de que lo hagan».

La cuestión radica en la descripción del RIESGO DE MERCADO. Aquí hemos visto que una de sus características esenciales es el hecho de que los CDA no cotizan en mercados secundarios oficiales, sino que sólo se pueden comprar o vender en el mercado interno de CDA que gestiona el propio banco sobre la base de que el precio de transmisión tiene que ser igual al valor patrimonial contable de la entidad. La razón de dicha fijación del precio es impedir la especulación con los CDA, garantizando que las transacciones sobre los mismos se efectúan en base a un precio objetivo, y eliminando asimismo la posibilidad de que dichos certificados coticen en el futuro en un mercado externo de negociación multilateral (por la especulación que ello puede conllevar). Así es como se lo vendieron y cabe indicar que éstas características (en especial que no fueran unos títulos especulativos) fueron determinantes para la adecuada formación de voluntad.

En fecha 18 de marzo de 2020, Triodos Bank suspendió el mercado, imposibilitando, hasta ahora, que los pequeños ahorradores puedan recuperar



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe;





su dinero ... y de hecho, actualmente ya ha quedado definitivamente cerrado y descartado como mercado donde poder acudir a obtener liquidez. De este modo, el 28 de septiembre de 2021 la demandada decidió unilateralmente que en el futuro (está previsto que en un período de entre 12 y 18 meses) los certificados de depósito coticen en un mercado regulado o plataforma multilateral de negociación (MTF) con unas reglas sobre la determinación del precio radicalmente distintas, y con los perjuicios que se expondrán para los tenedores.

Una de las características esenciales de este producto era que el mercado interno sería gestionado por la propia entidad emisora, con unas reglas sobre la determinación del precio de forma objetiva que evitara la especulación, junto con la creación de una reserva de liquidez elevada que garantizaba su operatividad. Se trata de analizar si la posibilidad de una sustitución del mercado y la migración de los títulos, así como la sustitución de las reglas de determinación del precio para obtener liquidez en un supuesto de saturación del mercado interno estaban debidamente advertidas y previstas de antemano en el prospecto de la emisión. Y considera que estamos ante una alteración sustancial y sobrevenida de las características esenciales del producto financiero que no estaban previstas ni anunciadas en los folletos descriptivos de la emisión.

La alteración sustancial de las características esenciales del mercado de forma unilateral está suponiendo ya una materialización de los riesgos que se traducen en una serie de perjuicios patrimoniales que están sufriendo los tenedores de estos CDA, y que tampoco estaban debidamente advertidos en los folletos descriptivos de la emisión, a saber: falta de liquidez, pérdida patrimonial.

Todo ello supone incumplimientos obligacionales, en concreto, incumplimiento de la obligación de ofrecer un producto adecuado al perfil del cliente, incumplimiento de la obligación de formular test de idoneidad, incumplimiento de informar adecuadamente de los riesgos del producto, e



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWHD2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





incumplimiento de obligaciones contractuales por modificación de las condiciones esenciales del contrato al cerrar el mercado interno y migrar los títulos a un mercado de negociación multilateral estando vigente el contrato y modificar las reglas de determinación del precio.

Por su parte, la demandada en su escrito de contestación a la demanda, se opone a la misma, solicitando la desestimación de la demanda.

Funda su contestación a la demanda en los siguientes hechos:

Los CDAs equivalen simplemente a acciones sin derechos de voto. Y, como ocurre con cualquier acción, existe un riesgo de pérdida de la inversión que fue debidamente advertido.

Como ocurre con las acciones, esta clase de títulos pueden o no estar admitidos a cotización en mercados secundarios. Triodos decidió inicialmente que los CDAs no cotizaran en una bolsa de valores para evitar que ello pudiera dar lugar a especulación sobre su capital. Ante esa ausencia de cotización, los CDAs podrían ser negociados en un mercado interno de acuerdo con el valor liquidativo de los títulos (esto es, el valor contable de los activos de la entidad dividido entre el número de CDAs). En ese mercado, Triodos facilitaba las transacciones cuando había inversores que querían vender sus CDAs y otros inversores que querían comprar. Además, en el caso de que las órdenes de venta superaran a las de compra, el propio Triodos podía comprar y mantener CDAs. La facilitación de estas transacciones era discrecional para Triodos (no obligatoria) y en cualquier caso limitada, ya que el Banco Central Holandés establece un límite a los CDAs que Triodos puede recomprar y mantener de conformidad con los requisitos regulatorios. De ello se advertía a los inversores. En este sentido, el resumen del folleto advertía que [s]olo es posible negociar con los Certificados de Depósito para Acciones de forma limitada", de manera que "quizás los inversores tengan que esperar antes de que puedan vender sus Certificados de Depósito para Acciones" (doc. núm. 3, pág. 8).



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPW2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe,





Este mercado funcionó adecuadamente durante cuatro décadas hasta que, con motivo de la crisis generada por el Covid-19, hubo más personas interesadas en vender CDAs que en comprar y el "colchón" de Triodos de recomprar CDAs de acuerdo con los límites regulatorios a los que se ha hecho referencia anteriormente no fue suficiente para absorber ese desequilibrio. Tras valorar diferentes opciones para facilitar la negociación de CDAs y asegurar el futuro acceso a nuevo capital, el 21 de diciembre de 2021 Triodos comunicó públicamente (documento núm. 4) la decisión de prepararse para solicitar la admisión a cotización de los CDAs en un sistema multilateral de negociación. El nuevo sistema mejorará la negociabilidad de los CDAs y garantizará el acceso futuro a nuevo capital, y el precio de los títulos se fijará por la oferta y la demanda. Se prevé que el cambio sea efectivo en el primer semestre de 2023.

Con carácter principal, la parte actora ejercita una acción de anulabilidad por error vicio en el consentimiento y, subsidiariamente, una acción de responsabilidad por daños y perjuicios. Ambas acciones se basan en el supuesto incumplimiento de los deberes legales de información por parte de Triodos. En concreto, se alega que no se habría advertido sobre una "pérdida considerable del valor de los títulos" (pág. 1 de la demanda), ni sobre un riesgo de "imposibilidad de recuperar sus ahorros en el momento en que [los titulares] los necesiten" (pág. 2 de la demanda).

En la primera orden de adquisición de CDAs en el año 2012, en la que se incluía la advertencia de que "si alguno de los riesgos mencionados llegara a materializarse, el valor de los certificados de depósitos podría disminuir, y el inversor podría perder parte o la totalidad su inversión" (documento núm. 5), o las respuestas proporcionadas por la demandante al test de conveniencia realizado con ocasión de esa primera compra (documento núm. 6) para comprobar, sin margen de duda, que la demandante era consciente de esos riesgos. En ese cuestionario, la Sra. [REDACTED] reconoció que conocía que Triodos "no cotiza en bolsa" y que "para la compra o la venta de CDA [...],



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





mantiene un mercado interno, por lo que podría ocurrir que la venta no se produzca en la fecha deseada dependiendo del volumen del mercado interno".

La Resolución dictada el 6 de mayo de 2021 por el Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV") concluye, sobre la base de la documentación utilizada por Triodos en la comercialización de los CDAs, que se informó adecuadamente sobre los riesgos del producto (documento núm. 7).

Subsidiariamente, en la demanda se ejercita una acción de resolución por incumplimiento contractual. De acuerdo con la demanda, Triodos habría "procedido unilateralmente a modificar las obligaciones esenciales del contrato según constan especificadas en el prospecto", al haber decidido "migrar los títulos a un mercado de negociación multilateral" (pág. 15).

Al margen de que esta última "migración" ni siquiera se ha producido aún en el momento de interponerse la demanda, por lo que sería inhábil de raíz para dar lugar a una resolución contractual, existen dos razones adicionales que determinan la improcedencia de esta última pretensión.

En primer lugar, porque la suspensión de la facilitación de transacciones en el mercado interno de CDAs no constituye ningún incumplimiento de las condiciones del folleto, sinó la materialización de un riesgo expresamente advertido en la documentación puesta a disposición de la parte actora.

En segundo lugar, porque las condiciones de una emisión recogidas en su folleto pueden variar en el tiempo. No constituye ningún "incumplimiento contractual", sino que es una posibilidad contemplada en la normativa reguladora de las emisiones de valores. Ello es así porque las condiciones de una emisión recogidas en su folleto se encuentran sometidas a su normativa propia. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 463/2022, de 2 de junio (Roj: STS 2150/2022), el contenido del folleto se encuentra sujeto a



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe,





cambios, puesto que, “en principio, (...) debe considerarse irrevocable, sin perjuicio de los casos en que circunstancias sobrevenidas obliguen a realizar un suplemento del folleto”.

En esa línea, el Servicio de Reclamaciones de la CNMV ha confirmado también recientemente, en su Resolución de 30 de mayo de 2022, que “la entidad se encontraba facultada para modificar los términos de las condiciones” (documento núm. 10).

En definitiva, la suspensión de la facilitación de transacciones por parte de Triodos en el mercado interno constituye la materialización de un riesgo debidamente advertido y conocido. La decisión de Triodos de llevar a cabo los preparativos necesarios para cotizar los CDAs en un mecanismo multilateral de negociación no es más que la solución a ese riesgo que, según la información proporcionada sobre la emisión, podía materializarse. Esa decisión ha sido tomada sobre la base de que, como ha indicado el Servicio de Reclamaciones de la CNMV en su Resolución de 30 de mayo de 2022, “la entidad se encontraba facultada para modificar los términos de las condiciones” (doc. núm. 10).

Por tanto, la cuestión consiste en dilucidar si se dan los requisitos para declarar la nulidad del contrato de adquisición de certificados de depósitos para acciones analizando: si existe un consentimiento viciado por error sobre la sustancia de la cosa objeto de contrato, incumpliendo el Banco los deberes de información que resultan de la Ley del Mercado de Valores y concordantes.

Con carácter subsidiario, el objeto del pleito consiste en dilucidar si concurren los requisitos del artículo 1124 y 1101 del Código Civil para la resolución e indemnización de daños y perjuicios, y en concreto, si existe incumplimiento por parte del Banco de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos de la inversión y si ha existido alteración de las condiciones esenciales del contrato; si existe el daño; y la relación de



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





causalidad con el incumplimiento.

SEGUNDO: La demandante aduce la existencia de incumplimientos obligacionales, en concreto incumplimiento de la obligación de ofrecer un producto adecuado al perfil del cliente, incumplimiento de la obligación de formular test de idoneidad, incumplimiento de la obligación de informar adecuadamente de los riesgos del producto, en los cuales fundamenta las acciones de nulidad por error vicio en el consentimiento y la subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, y ejercita asimismo de forma subsidiaria también una acción de resolución contractual por incumplimiento de obligaciones contractuales por modificación de las condiciones esenciales del contrato al cerrar el mercado interno y migrar los títulos a un mercado de negociación multilateral estando vigente el contrato y modificar las reglas de determinación del precio.

Conforme a la doctrina más autorizada, ha de distinguirse en todo caso entre LA NULIDAD ABSOLUTA Y LA NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD. La primera, nulidad absoluta, se daría por la falta de los requisitos esenciales del contrato recogidos en el artículo 1261 del Código Civil, mientras que la segunda, la anulabilidad, se predica de los supuestos en que concurriendo aquellos requisitos esenciales (consentimiento, objeto y causa), el consentimiento aparece viciado por error, violencia, intimidación o dolo, con la caracterización recogida, respectivamente, en los artículos 1266 a 1270 del Código Civil y con los efectos plasmados en el artículo 1303 del mismo cuerpo legal.

Ejercitada por la demandante la **ACCIÓN DE NULIDAD POR ERROR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO**, a propósito del error como vicio del consentimiento, el artículo 1266 del Código Civil exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. La jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito éste último



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per García Carrillo, Zuriñe;





que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13 de Febrero de 2007). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración. A la hora de apreciar la excusabilidad del error, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que 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 que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas y así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto y, por el contrario, la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica en el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él, principalmente a través tanto de la información precontractual en la fase previa a la conclusión



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWHD2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

La denominación que ha recibido la LMV -normas de transparencia- resulta expresiva de una de sus finalidades, la de prestar una información adecuada a la clientela de las entidades de crédito, de forma que el cliente tenga o pueda tener una idea clara del contenido del contrato en el momento de su celebración y durante su periodo de duración, puesto que la expresión "transparencia" en el ámbito contractual se utiliza cuando de los términos expresados en la formalización de los contratos se deducen con claridad cuáles son las obligaciones que nacen para cada una de las partes que intervienen en ellos.

El derecho de información del cliente se considera por tanto como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello, tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

Se ha de tener igualmente en cuenta y de partida que, en relación con el "*onus probandi*" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto, desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes), se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006). En el mismo sentido se pronuncia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 2005, en la que, después de afirmar que la diligencia en el asesoramiento en este tipo de contratos no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe;





empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, continúa diciendo que en los procesos que versen sobre reclamaciones de este tipo, la carga probatoria acerca del cumplimiento del deber de correcta información y asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero. Lo cual es lógico por cuanto nos encontramos ante un hecho negativo para el cliente, como es la ausencia de información.

Debiendo valorar igualmente como nos encontramos ante un contrato en que el contratante es un consumidor, por lo que sería aplicable igualmente la normativa sectorial de consumo, tanto en lo que se refiere a la aplicación de la Ley de Consumidores, como a las prescripciones de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuya aplicación los tribunales se han pronunciado reiteradamente en aras a imponer a la entidad mercantil la carga de la prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las mismas, entre las que se encuentra la de dar información fiel y leal al cliente.

Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y por ello deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y si se le va a colocar en una situación de riesgo no deseada pues precisamente la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exigen necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona, lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

La SAP de Valencia Sección 9 de 30.10.2008 alude a que la "especial



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. La Ley de Mercado de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata".

La normativa sobre el particular vigente en la fecha de contratación era, de una parte, el artículo 79 de la LMV que establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios.

En definitiva, la obligación de informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones y con toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPW-H2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe;





por ellos de decisiones de inversión es necesaria y obligada por la ley, porque en el mercado de valores el inversor minorista se encuentra frente al intermediario profesional en una situación de inferioridad. El inversor minorista carece de los conocimientos y experiencia necesarios para poder decidir con conocimiento de causa. Por esta razón, la ley obliga al intermediario a informar al inversor y el cumplimiento de estas obligaciones se somete a control administrativo por parte de la CNMV, lo que permite restablecer un cierto equilibrio entre el intermediario profesional y el inversor minorista.

En otro orden de cosas, la normativa sobre la materia parte de la presunción de que el inversor, salvo que se trate de un profesional, es un cliente sin la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para valorar correctamente los riesgos por sí solo (artículo 78 bis LMV).

Además de tener en cuenta las previsiones de la ley para valorar si el banco ha cumplido o no su deber de informar correctamente sobre el producto, la doctrina considera que debe atenderse a la complejidad del mismo para poder determinar las dificultades de comprensión del cliente y los datos que debió tener a su alcance para decidir realizar la operación.

Por otra parte, de forma subsidiaria, se ejercita una **ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS** o **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL** por incumplimiento de los deberes de información conforme a los artículos 78 bis y 79 bis de la LMV conforme al **artículo 1101 del Código Civil**, según el cual "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas", y en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1995 ha manifestado que: "Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 30 de Noviembre de 1.973 , 29 de Mayo y 20 de Diciembre de 1.978 , 16 de Mayo de 1.979 , 18 de Abril de 1.980 y 10 de Octubre de 1.990) los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 del Código Civil son: la preeexistencia de una



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWPH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per García Carrillo, Zuriñe.





obligación entre las partes, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos".

En relación a la indemnización de los daños y perjuicios causados los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, en el ámbito de la responsabilidad contractual y de la aquiliana, vinculan la responsabilidad del sujeto agente respecto de los daños por él causados, es decir, los que le pueden ser atribuidos en virtud de un título de imputación, como vinculados casualmente a su actuación.

Tales requisitos han sido matizados por la Jurisprudencia en el sentido de que el daño para ser jurídicamente relevante debe reunir los requisitos de efectividad, certeza, vinculación causal, y matiz antijurídico.

Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 29 de abril de 1876, es doctrina unánime la de que sólo son indemnizables los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato. Tales requisitos han sido matizados por la jurisprudencia en el sentido de que el daño para ser jurídicamente relevante debe reunir los requisitos de efectividad, certeza, vinculación causal y matiz antijurídico.

Ese enlace preciso y directo entre la acción y el daño o perjuicio, es decir, entre la causa y el efecto, ha sido reconocido como requisito imprescindible de la acción de responsabilidad por reiterada doctrina jurisprudencial, en adecuada interpretación de la referencia legal al término "causado". Así, la STS de 13 de febrero de 1993, que exige la existencia de una "relación de necesidad" entre la causa y el daño o la STS de 29 de abril de 1994 y la STS de 22 de septiembre de 1989 aludiendo a la vinculación directa e inmediata de la causa al daño.

Del mismo modo, el daño jurídicamente relevante, según doctrina unánime y jurisprudencia reiterada, debe reunir el requisito de la antijuridicidad



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWPH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





con el que se alude a la inexistencia de un deber jurídico de soportarlo; la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1985 y la de la Sala Primera de 12 de diciembre de 1984, que aluden igualmente a la antijuridicidad como requisito del daño

Asimismo el Código Civil contiene la siguiente regulación en materia de incumplimiento contractual. Artículo 1102: La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula. Artículo 1103: La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos. Artículo 1104: La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia. Artículo 1105: Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables. Artículo 1106: La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes. Artículo 1107: Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

Por otra parte, también de forma subsidiaria, se ejercita la **ACCIÓN RESOLUTORIA** fundada en incumplimiento contractual que es la ejercitada al amparo del **artículo 1.124 del Código Civil**, que exige la concurrencia de los siguientes requisitos, ampliamente desarrollados por la jurisprudencia del



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





Tribunal Supremo, cuya prueba corresponde a la parte demandante, conforme a los principios generales sobre la carga de la prueba:

- 1) La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo contrataron; la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad.
- 2) Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los tribunales de instancia.
- 3) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa del demandado, que de un modo indubitable, absoluto, definitivo e irreparable, la origine; actuación que, entre otros medios probatorios puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante.
- 4) Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia de un incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso.

La jurisprudencia ha reiterado que no todo incumplimiento da lugar a la resolución ni la justifica, sino sólo aquél que es grave hasta el punto de frustrar la economía del contrato y las lógicas expectativas de la parte cumplidora (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1993 o 5 de Noviembre de 1997, entre otras). En otro caso, cuando el incumplimiento es parcial y no alcanza esa importancia, es indudable que el otro contratante está asistido por el derecho para exigir el cumplimiento "in natura" o por equivalente, en algunos contratos la rebaja en el precio, etc, pero no la resolución. En definitiva, la doctrina jurisprudencial es unánime al concluir que la verdadera cuestión jurídica en estos casos estriba en saber si el incumplimiento fue serio, grave y trascendente en relación con los fines del contrato. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1998



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPW2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per García Carrillo, Zuriñe.





establece que "La resolución del contrato implica la ineficacia del mismo, con efecto retroactivo y una de sus causas, la más frecuente, es el incumplimiento de la obligación esencial de una de las partes en caso de obligaciones bilaterales o recíprocas: se trata de un incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en que consiste la prestación, lo que significa incumplimiento propiamente dicho, no cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial (así, expresamente lo dice la sentencia de 21 de Marzo de 1994). Por otra parte, si se da este incumplimiento básico, que frustra el fin objetivo del contrato, no se produce automáticamente la resolución, sino que es preciso el acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare en sentencia (así lo dice expresamente la sentencia de 11 de Diciembre de 1993, en un proceso de error judicial)". En la misma línea, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1995 y 13 de Diciembre de 2002.

Lo anterior ha de verse matizado y puesto en conexión con la jurisprudencia reciente del TS, en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2.020, conforme a la cual la resolución contractual, con base en el incumplimiento de una de las partes, en las obligaciones recíprocas, requiere, además de la situación de reciprocidad en que debe hallarse la incumplida, de un incumplimiento tal que suponga la frustración de la finalidad perseguida mediante el contrato.

Se abandona ya el criterio de la "voluntad deliberadamente rebelde", exigida en etapas anteriores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2.020, recopila la actual doctrina, exponiendo: "sí la sentencia 364/2006, de 5 de abril, sistematiza la evolución desde cierto subjetivismo hacia un criterio objetivo-, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre, reproducida en la 305/2012, de 16 de mayo, "se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980" (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990).



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





Por tanto no basta con cualquier incumplimiento, sino que ha de ser imputable a los vendedores (y no a terceros, en cuyo caso pueden abrirse otras vías distintas a resolución), y grave.

En el primer aspecto, si no hay imputabilidad, tampoco hay en sentido estricto incumplimiento, pues sólo la conducta libre del contratante tendente a no cumplir el contrato puede ser la base de la resolución. Por eso, no hay responsabilidad contractual, ni tampoco causa para la resolución, cuando la obligación no se cumple por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 1.105 del Código Civil).

Centrándonos en la primera, consiste en aquel acontecimiento de todo punto imprevisible o que, aun previsto, resulta irresistible, y que impide, definitiva o temporalmente, el cumplimiento de la obligación. Si es definitiva, y tratándose de obligaciones de entregar cosas determinadas o de hacer (nunca de entrega de cosas genéricas como el dinero), producirá la extinción de la obligación (artículos 1.182 y 1.185 del Código Civil).

Pero si la incidencia de la fuerza mayor es temporal lo único que produce es la suspensión de los plazos que se hubieran previsto en el contrato.

Asimismo el incumplimiento resolutorio ha de ser grave, y por ello la jurisprudencia ha mantenido, de forma invariable, que, salvo excepciones muy concretas, el simple retraso no constituye incumplimiento de aquella clase.

En este sentido, el retraso no lleva, por sí, como consecuencia ineludible, la resolución del contrato, por la vía del artículo 1.124 del Código Civil, sin perjuicio de otras acciones, fundamentalmente indemnizatorias, que puedan proteger la situación del comprador.

El plazo sólo implica verdadero y propio incumplimiento por el mero transcurso del mismo cuando de la naturaleza de las prestaciones se infiera, o cuando las partes han convenido en darle el carácter de plazo esencial, que es aquél a partir del cual el contratante que ha de recibir la prestación de la contraria no podría objetivamente ver colmada la finalidad pretendida por el



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe;





contrato. Si se trata de plazo no esencial sólo el retraso significativo, que excede la situación de mora, se equipara al incumplimiento.

La doctrina jurisprudencial ha venido distinguiendo entre el incumplimiento que da lugar a la resolución del mero retraso. Aquél, para que acarree la consecuencia máxima que el ordenamiento impone al incumplimiento, si bien no exige ya la constatación de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, ha de ser, en todo caso, de tal significado, que frustre objetivamente el fin económico a que responde la compraventa, de forma que se exigirá que el incumplimiento sea inequívoco, prolongado, duradero e injustificado (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo y 3 de diciembre del 2.002, y las que las mismas citan). Frente a ello, el simple retraso, siempre que el cumplimiento sea posible y que aún pueda satisfacer objetivamente al vendedor, no da lugar a la resolución, sino a la acción de cumplimiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de septiembre y 8 de noviembre de 1.997).

La anterior doctrina es la sustentada por el Tribunal Supremo, en sus resoluciones más recientes. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2019, recuerda "la jurisprudencia de la sala sobre el retraso en la entrega de la vivienda", y lo hace en los siguientes términos: "La STS de 1 de abril de 2014 (rec. 475/2012) recoge que: Por lo que respecta a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, la jurisprudencia más reciente (por ejemplo, SSTS de 14 de junio de 2011, rec. 369/2008 , 21 de marzo 2012, Rc. 931/2009, y 25 de octubre de 2013, rec. 1666/2010) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) en el sentido de que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 cuando se "priva sustancialmente" al contratante, en este caso al comprador, "de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato", encontrándose sin duda entre las lógicas expectativas del



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWHD2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe;





comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubieran estipulado y en condiciones para ser usada conforme su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC)." "Cuando se trata de indagar si el retraso ha obedecido a la existencia de causas no imputables a la promotora vendedora, se ha de tener en cuenta que tales causas deben ser imprevisibles e inevitables por ella a la fecha del contrato".

Por su parte las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2.016 y de 8 de marzo de 2011, abundan en la misma cuestión, declarando: "De acuerdo con ello habrá incumplimiento con entidad resolutoria cuando, tras la interpretación del contrato, se llegue a la conclusión de que las partes atribuyeron, de modo expreso o implícito, carácter esencial a la prestación, a la cantidad, a la calidad o a la circunstancia que, al faltar, impide la plena adecuación de lo realizado con lo prometido.

"Tal sucede, entre otros casos, cuando el tiempo de cumplimiento se hubiere convertido en contenido de la misma prestación o, con otras palabras, cuando el tiempo de cumplimiento sea esencial, por determinar el único momento en que el interés del acreedor puede ser satisfecho y, por lo tanto, permitir al mismo que una prestación fuera de él sea rechazada y, al fin, tratada como un verdadero incumplimiento resolutorio y no como un cumplimiento irregular o retrasado, causante de las consecuencias secundarias vinculadas a la mora".

Se refieren esas últimas palabras a los llamados "negocios a fecha fija" o contratos con "término esencial". Dejando aparte aquellos en los que el referido término es "absoluto" u "objetivo", cuyo incumplimiento provoca obviamente la imposibilidad sobrevenida de la prestación (sin duda causa de resolución), esos contratos se caracterizan porque el acreedor ha comunicado al deudor al tiempo de celebrarlos, o se desprende de las circunstancias entonces concurrentes, que el interés sustancial del acreedor en el contrato está supeditado a que el deudor realice la prestación en una determinada



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





fecha o dentro de un plazo determinado expresado en el propio contrato.

Inmediatamente se deduce que, cuando así haya sucedido, el retraso - la falta de cumplimiento del deudor en aquella fecha o dentro del expresado plazo- privará sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, habiendo el deudor previsto, o podido prever, en el momento de su celebración que su retraso produciría dicho resultado. Parafraseamos así el caso de "incumplimiento esencial" que prevé el apartado (b) del artículo 8:103 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos [PDEC] -con precedentes en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y el apartado 2(a) del artículo 7.3.1 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales-, y recogido asimismo en el apartado 2(a) del artículo III.-3:502 de los Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: el Marco Común de Referencia [DCFR], así como en el apartado 2(a) del artículo 87 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. A esta causa de resolución es a la que mejor conviene la expresión "frustración del fin o de la finalidad económica del contrato", tan usada en nuestra actual jurisprudencia" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12, de 27 de mayo de 2022 (ROJ: SAP M 7720/2022 - ECLI:ES:APM:2022:7720).

Por otra parte el artículo 1128 dice que si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor.

TERCERO: Los deberes de información y de conducta de las empresas prestadoras de servicios de inversión en la comercialización de productos financieros complejos. Doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 8 de marzo de 2023 (ROJ:



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





STS 1097/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1097 reitera que, como ya se dijo "en la sentencia 334/2021, de 18 de mayo, resumiendo la copiosa jurisprudencia de la sala en la materia, la contratación de productos financieros ofertados por las entidades de servicios de inversión exige de éstas que actúen con observancia rigurosa de los deberes de diligencia y lealtad contractual, dada la asimetría convencional existente entre las partes en un doble ámbito. Desde un punto de vista de la técnica contractual, toda vez que los vínculos convencionales se conciernen a través de la utilización de condiciones generales predispuestas e impuestas por las entidades financieras, que ellas mismas redactan y que, por lo tanto, son perfectamente conscientes de las cargas económicas y jurídicas de los distintos modelos contractuales a los que simplemente se adhiere su cliente, sin que sean fruto de una negociación individual. Y, por otra parte, desde el ámbito objetivo del conocimiento, con la finalidad de equilibrar debidamente los intereses de una entidad bancaria, especialista en el sector financiero, con una estructura empresarial especializada en los productos que comercializa y que actúa, como cualquier otra entidad mercantil, con el natural ánimo de lucro, frente a los propios de sus clientes, normalmente minoristas, carentes de tales conocimientos, que contratan confiados en la información que se les facilita sobre la bondad del producto adquirido y su correspondencia con los intereses perseguidos con su contratación. Todo ello con la pretendida finalidad de buscar equilibrio en las transacciones económicas en el marco de la asimetría convencional existente.

2.- Cuando se concertaron los "swaps apalancados" y las "opciones de venta put con barrera" las "normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo una nueva redacción de los arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe.





deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañoso (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

"a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

"b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

"c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

"d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J5GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe





3.- Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestamista del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008 que las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

"a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

"b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista



Doc. electronic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA9817WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo Zurro





financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

"c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...)"

4.- En las sentencias 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre, 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo; 524/2019, de 8 de octubre, 618/2019, de 19 de noviembre, y 21/2021, de 21 de enero, entre otras, se precisa en concreto cuáles son los deberes de información imparcial, que la normativa sectorial impone a las entidades comercializadoras de los swaps sobre sus características y riesgos típicos. Información que concreta en los siguientes extremos: (i) el elevado componente de aleatoriedad, (ii) la existencia de un conflicto de intereses entre la empresa de servicios de inversión y su cliente, (iii) el valor inicial de mercado del swap, (iv) si hay desequilibrio entre las posiciones económicas de las partes, (v) que el riesgo ilimitado de pérdidas no es teórico y que puede llegar a ser ruinoso; y (vi) el coste de la cancelación anticipada.

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes reseñadas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio.

...11.- Afirmado el incumplimiento de la entidad de servicios de inversión de sus obligaciones de asesoramiento en la comercialización de los dos contratos de swap y opciones put y su incidencia causal en la errónea percepción de los demandantes sobre la naturaleza y riesgos del producto que contrataban, la consecuencia debe ser la apreciación de la existencia de error vicio en el consentimiento, en los términos de los arts. 1265 y 1266 CC, tomando en consideración la situación económica de los demandantes tras las pérdidas sufridas, la existencia de riesgos ocultos y la extrema



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcaj.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació 2MOXOSTT4J6GGP/NH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zurine





complejidad de estos contratos (no solo los swaps, sino también los put). Error que ha de considerarse sustancial, puesto que recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento; y excusable, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente (sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 236/2021, de 10 de marzo, entre otras muchas).

... El posible déficit informativo sobre esos riesgos del producto no determina por sí mismo la existencia del error en el consentimiento. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, este incumplimiento no conllevaría necesariamente la apreciación del error vicio, sino que permitiría presumirlo. Y como declaramos en la sentencia 32/2017, de 19 de enero (entre otras varias), la presunción de que el incumplimiento del deber de información conlleva la contratación del producto financiero con error vicio, no impide que pueda demostrarse que, a pesar de no haber quedado acreditado debidamente el cumplimiento riguroso o estricto de los deberes de información, el cliente prestó su consentimiento con conocimiento de las características de la operación y los concretos riesgos que asumía".

Asimismo dice que "en cuanto a la relación de prestación de servicios de asesoramiento por la demandada que, como advierte la sentencia 424/2020, de 14 de julio, la jurisprudencia de esta sala, desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, considera que, de acuerdo con la STJUE de 30 de mayo de 2013, Genil 48 (asunto C- 604/2011), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53).

La mencionada STJUE, al interpretar el art. 52 de la Directiva 2006/73,



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcjusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació 2M0XOSTT4J6GGP\NH2C2B9ZYA98I7\VR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe





que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE, entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un contrato, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55). En el caso, en este marco normativo, las partes habían suscrito el 25 de abril de 2008 un documento de "Condiciones generales para la Prestación de Servicios de Inversión", entre cuyas condiciones, en lo relativa al "objeto", se incluía el "Asesoramiento en materia de inversión".

CUARTO: En primer lugar la demandante ejercita la acción de nulidad por error en el consentimiento que nace de los artículos 1261, 1265, 1266, 1300 y 1303 del código civil, en relación con los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y normativa de desarrollo, del Código de Conducta establecido por el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, al considerar infringidas las obligaciones legales de diligencia, lealtad e información.

Lo fundamenta en la comercialización defectuosa de un producto COMPLEJO a un cliente MINORISTA, denominado Certificados de Depósito para Acciones (CDA), comercializados por la entidad TRIODOS BANK sin las advertencias adecuadas sobre el concreto RIESGO DE MERCADO. Dicho déficit en la información sobre el RIESGO DE MERCADO, consiste en que este producto se comercializó bajo la premisa informada de que las ofertas de compra y de venta se cruzarían en un mercado interno gestionado por TRIODOS BANK, donde éste establecía los precios de forma fija en base al valor neto patrimonial de la entidad. De este modo, según la propia entidad, se trataba de evitar la volatilidad de los precios propia de otros mercados externos y la especulación con estos CDA. Asimismo, se informó



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0X0STT4J6GGPWH2C26P92YA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe





expícitamente que dichos títulos no concurrirían en un mercado de negociación multilateral. Este mercado interno actualmente está suspendido desde marzo de 2020, de manera que la entidad demandada actualmente ha decidido prescindir de éste definitivamente y migrar los títulos a otro mercado externo de negociación multilateral donde dejará de estar gestionado por Triodos Bank, y el precio ya no se fijará en función del valor neto patrimonial de la empresa, sino que será un precio variable regido por las normas especulativas de la oferta y la demanda, alterando así de forma sustancial y sobrevenida una característica y riesgo esencial del producto. Dicha posibilidad de substitución del mercado y de alteración de las reglas de determinación del precio no estaba debidamente prevista ni advertida en el momento de la comercialización.

En cuanto al análisis de la prueba practicada resulta lo siguiente:

Obran en autos como documentos 1a y 1b confirmación de orden de compra de 2012 y 2013 de los certificados de depósito para acciones (CDA) en el que se refiere que las condiciones y características de emisión se encuentran en las webs www.triodos.es y www.cnmv.es y que se ha aceptado ese medio como idóneo para la información. Y detalla que se trata de productos de inversión no complejos, que se ha hecho el test de conveniencia necesario para poder determinar la adecuación del producto a su perfil inversor y a su cultura y experiencia financieras y que conforme a la normativa MIFID se le ha clasificado como un cliente minorista.

Se aporta como documento 5 de la contestación a la demanda orden de compraventa de CDA en el que se hace constar que se trata de un extracto del folleto oficial y que la firma significa la aceptación de las condiciones de emisión descritas en el folleto informativo. Expresa que el futuro inversor debe analizar el capítulo de factores de riesgo del folleto de emisión y que si alguno de los riesgos mencionados llegase a materializarse, el valor de los CDA podría disminuir y el inversor podría perder parte o la totalidad de la inversión y que el suscriptor deberá consultar toda la información para adoptar la decisión más adecuada a su perfil inversor. Afirma que los CDA no han sido ni



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.usticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Code Segur de Verificació: 2M0X0STT4J6GGPWH2C26P92YA9817WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe





seran admitidos a cotización en ninguna bolsa de valores.

Se aporta como documento 6 de la contestación a la demanda en Test de Conveniencia en el que el cliente reconoce tener estudios secundarios o de formación profesional y experiencia anterior en productos financieros y afirma saber que Triodos Bank no cotiza en bolsa y que la valoración de los CDA se calcula periódicamente conforme al valor liquidativo del Banco y que al no cotizar en bolsa, para la compra y venta se mantiene un mercado interno por lo que podría ocurrir que la venta no se produzca en la fecha deseada dependiendo del volumen del mercado interno.

Obra en autos como documento 3 de la demanda tríptico informativo en que se detalla que los CDA son títulos negociables no canjeables por acciones que son objeto de negociación en un mercado interno sobre la base de que el precio de transmisión tiene que ser igual al valor patrimonial contable en cada momento de la acción subyacente al CDA, con el fin de evitar la especulación garantizando que las transacciones se efectúen a un precio objetivo. Son un producto de inversión y el tratamiento en el país emisor es de producto complejo, aunque en España se ha adoptado una postura más conservadora y se realiza test de conveniencia en función de su perfil y conocimientos financieros.

Como resumen de los elementos de riesgo, en cuanto a la RENTABILIDAD dice que está vinculada a la de las acciones del Banco. Depende por tanto de los resultados económicos del Banco en cada ejercicio. La rentabilidad es variable y podría ser nula si el Banco no tiene beneficios.

En cuanto a la SEGURIDAD expresa que en caso de resultados económicos negativos (pérdidas) del Banco, el valor/precio de cada CDA, que es esencialmente coincidente con el valor neto contable de cada acción del Banco, se puede reducir y por tanto perder parte o todo el dinero invertido, ya que el valor de los CDA depende del valor patrimonial del Banco.

En cuanto a la LIQUIDEZ dice que los CDA no cotizan en mercados secundarios oficiales sino que solo se pueden comprar o vender en el



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP consultaCSV/.html	Codi Segur de Verificació 2M0XCSTT4J6GGPW2C26P9ZYA9817WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zurita





mercado interno de CDA que gestiona el propio Banco. En principio la liquidez es más limitada que la de otros productos que cotizan en mercados oficiales o sistemas multilaterales de negociación, ya que éstos están abiertos a todo el público en general y cotizan en mercados secundarios organizados. Otra diferencia con las acciones y productos que cotizan en Bolsa es que los CDA están afectados por la medida antiespeculativa consistente en que en el mercado interno hay que venderlos a un precio fijo predeterminado en cada momento y coincidente con el valor contable publicado por el Banco. Por ello no se puede bajar el precio de venta cuando se pretende vender y hacer líquido el producto rápidamente (lo que sí se puede hacer con las acciones que cotizan en el mercado secundario oficial). Sin embargo cuentan con la ventaja de que el Banco mantiene una reserva económica consistente en una cantidad de dinero que se aprueba en cada Junta de Accionistas anual y que asciende al 2% del capital del Banco y se usa para comprar CDA a titulares interesados en su venta de forma que hagan líquido el producto con rapidez. Ese depósito se encuentra limitado cuantitativamente, por lo que podría darse el caso de que el titular desee vender CDA y no se pueda llevar a cabo la venta de inmediato.

Obra en autos como documento 15 de la contestación a la demanda folleto informativo de 2013 en el que se afirma que los CDA no están admitidos a cotización ni lo estarán en un futuro en un mercado de valores.

En cuanto al riesgo de liquidez la CNMV en resolución que se aporta como documento 7 de la contestación a la demanda afirma que en el folleto y en el documento de análisis de riesgos se advertía de que los CFD no cotizaban en mercados secundarios oficiales y que únicamente se podían comprar y vender en el mercado interno de CDA gestionado por el BANCO con el consiguiente riesgo de liquidez. En consecuencia, a la vista de la documentación aportada al expediente, considera que, con carácter previo a la compra de los CFD en el año 2016, la entidad le puso a su disposición información completa y suficiente para que pudiera comprender que este tipo de productos tenía un elevado riesgo de liquidez al no cotizar en mercados secundarios oficiales y depender de un mercado interno de CDA gestionado



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació 2M0X0STT4J6GGP/NH2C26P9ZYA9817WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Nuria





por TRIODOS BANK.

En cuanto a la modificación de las condiciones del contrato por decisión de cotizar en un mercado multilateral, la CNMV en resolución que se aporta como documento 10 de la contestación a la demanda dice que respecto del presunto incumplimiento de la cláusula decimosexta mencionada, a tenor de la misma, este servicio considera que la entidad se encontraba facultada para modificar los términos de las condiciones del documento, siempre que se dicha modificación se comunicara con una antelación no inferior a un mes, entendiendo que dicho lapso de tiempo ha de computarse entre la comunicación y la efectiva cotización del producto en el referido SMN. De acuerdo con lo detallado anteriormente respecto de lo informado por el CEO de Triodos, tal evento –la cotización del producto en un SMN- se llevaría a cabo en los 12-18 meses posteriores a la notificación de tal circunstancia, por lo que la entidad habría cumplido con la antelación prevista en sus condiciones.

Obra en autos como documento 8 de la demanda el escrito por el que la demandada comunica la suspensión de la compraventa de los CDA. Se manifiesta que "la incertidumbre actual en torno a la crisis del coronavirus y sus efectos económicos a más largo plazo no ha desaparecido. Por el contrario, se observan más confinamientos y otras restricciones en todo el mundo. Desde la reapertura, hemos experimentado de forma creciente un patrón comercial en el que el número de órdenes de venta de CDA supera al de órdenes de compra. Esta tendencia se produce independientemente de la salud financiera del banco, puesto que nuestros índices de capital y liquidez continúan muy por encima de los niveles mínimos regulatorios".

Se aporta como documento 9 de la demanda la comunicación de la decisión de cotizar en el sistema multilateral de negociación. Dice que los preparativos para la cotización en un SMN llevarán un tiempo, y la cotización real estará sujeta a diversas condiciones previas, como la aprobación de la normativa, el interés de los inversores y las circunstancias del mercado y que aunque los preparativos llevarán tiempo, se prevé completar la preparación



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació 2M0X0ST74J6GGP'NH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zunne





técnica en el plazo indicado en comunicaciones anteriores, de 12 a 18 meses. Ello permitirá mejorar la comerciabilidad de los Certificados de Depósito para Acciones (CDA), y ofrece un posible acceso futuro a nuevo capital de cara a seguir equipados para llevar a cabo la misión del banco.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2022 (ROJ: STS 2150/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2150) dice que la aceptación de la oferta debe ser incondicionada o simplemente adhesiva, sin introducir alteraciones o modificaciones alguna, y formularse en tiempo y forma, de acuerdo con las condiciones de la oferta. La aceptación, en principio, también debe considerarse irrevocable, sin perjuicio de los casos en que circunstancias sobrevenidas obliguen a realizar un suplemento del folleto.

Hechas estas precisiones, procede ahora determinar si concurre o no el error invocado y, conforme a lo expuesto, para determinar las circunstancias en que se otorgó el consentimiento, en este caso, deben valorarse tres elementos: la naturaleza y complejidad del producto, la información suministrada por el banco y los conocimientos del cliente y su capacidad para comprender el alcance de lo firmado.

Una vez examinada la prueba practicada, cabe concluir que, en el presente caso, ha existido error invalidante del consentimiento con entidad suficiente para producir la nulidad del contrato.

Desde el punto de vista subjetivo, y de conformidad con el resultado del análisis de la prueba que se ha expuesto, resulta que se trata de un producto no complejo y un cliente minorista, de la documental aportada y testifical practicada en juicio no consta se prestara servicio de asesoramiento y fue realizado el test de conveniencia.

Desde el punto de vista objetivo, no consta en la documentación "precontractual", que se haya informado a la parte actora de la posibilidad de sustitución o cambio de mercado de un mercado interno a un mercado de negociación multilateral, circunstancia que corresponde probar a la entidad



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA9817WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe





demandada (art. 217 LEC). Si se observan los distintos documentos aportados, y en concreto, el tríptico informativo, los folletos de emisión y las órdenes de compra en todas ellas se afirma de forma tajante que los CDA no cotizan en un mercado multilateral ni cotizarán y que el precio se fijará de forma objetiva conforme al valor del Banco evitando la especulación.

Es decir, no se aprecia de ningún modo que se haya cumplido -o, por lo menos, no se ha probado- con los requisitos legales mínimos de información que permitieran al demandante conocer, un elemento o característica determinante del producto adquirido como es la posibilidad de que pasara a cotizar en mercado de negociación multilateral cuyo precio no se fijaría en función del valor patrimonial del Banco sino que sería un precio variable regido por las normas de la oferta y la demanda.

De la documentación de la emisión y de la comercialización resulta como una de las características esenciales de este producto era que el mercado interno sería gestionado por la propia entidad emisora, con unas reglas sobre la determinación del precio de forma objetiva que evitara la especulación, junto con la creación de una reserva de liquidez elevada que garantizaba su operatividad. No obstante, la entidad ha decidido migrar los títulos a otro mercado externo de negociación multilateral con unas reglas de determinación del precio radicalmente distintas. De modo que ya no será un mercado controlado íntegramente por la entidad Triodos Bank; el precio ya no lo fijará la entidad ni se fijará sobre la base de su valor patrimonial contable; y ya no será un precio fijo y objetivo, sino que: se tratará de un mercado externo gestionado por un tercero, el precio se fijará en función de la oferta y la demanda, y el valor de los Certificados ya no será representativo del valor de la acción y el precio será variable y permitirá la especulación con los CDA.

En definitiva, la posibilidad de una sustitución del mercado y la migración de los títulos, así como la sustitución de las reglas de determinación del precio para obtener liquidez en un supuesto de saturación del mercado interno no estaban debidamente advertidas y previstas de antemano en el prospecto de la emisión.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0X0S774J6GGPWH2C26P9ZYA9817W
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zurie





En consecuencia, nos encontramos ante una alteración sustancial y sobrevenida de las características esenciales del producto financiero que no estaban previstas ni anunciadas en los folletos descriptivos de la emisión.

Por tanto, ello permite considerar que concurrió el vicio del consentimiento (artículo 1261 y 1266 Código Civil) por error alegado por la parte actora para procurar así la nulidad del contrato, sobre todo en el aspecto relativo al carácter insuficiente de tal información sobre las características esenciales del producto que determinaron su adquisición.

Y el error en que la actora incurrió supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. Mas no todo error o ignorancia de circunstancias servirá para anular el contrato; debe exigirse que sea suficientemente importante, relevante y que no sea imputable a la negligencia de quien lo sufre (excusabilidad), es decir, que sea esencial y excusable.

En el caso, debe considerarse que el error fue esencial y sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, sobre la base de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata, y, sobre todo, del riesgo que asumía; y excusable, pues la actora confió en la palabra de los empleados de la entidad bancaria y en la letra del contrato que afirma que es un producto que no cotizaría en Bolsa ni admitiría en consecuencia la especulación, siendo a cargo de la entidad demandada el deber de información de las características del producto y un derecho para el cliente.

En conclusión, teniendo en cuenta que el consentimiento es un elemento esencial del contrato sin el cual el contrato no puede existir y que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4j6GGP/NH2C26P9ZYA9817WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe





principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, en el presente caso, ha quedado probado que la parte demandante no pudo formar debidamente su voluntad negocial en el momento de la contratación en cuanto que no pudo ser plenamente conocedora de aquello que contrataba y ello fue a causa de una insuficiencia y falta de claridad en la información que le fue suministrada por la entidad demandada en cuanto a las características del producto, en concreto, en cuanto a la posibilidad de modificación del tipo de mercado, que teniendo el deber y la facultad de proporcionar a sus clientes una información suficiente, clara, transparente y adaptada a sus circunstancias personales como clientes minoristas, les ofreció uno contrato que omitían elementos esenciales del mismo, no informándoles suficientemente de los riesgos que los mismos comportaban, por lo cual se aprecia vicio en el consentimiento que provoca la nulidad del contrato, debiéndose estimar la demanda.

La consecuencia de tal declaración de nulidad viene regulada en el artículo 1303 del Código Civil que dispone que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidado (STS de 22 de abril de 2005).

En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

En este sentido, el artículo 1307 del Código Civil establece que "siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació 2M0X0STT4J6GGP/NH2C26P9ZYA9817WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zunie





fecha" y el artículo 1314 del mismo cuerpo legal establece que "también se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla".

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución a la actora del principal invertido y los frutos que el capital ha generado, que se materializan en el interés legal interesado devengado desde el instante en que se materializó la correspondiente orden de compra como medio de lograr un justo reintegro patrimonial hasta la fecha del dictado de la presente sentencia y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha del dictado de la presente sentencia hasta el completo pago de la cantidad adeudada conforme al artículo 576 de la LEC. Empero, del mismo modo deberá la actora reintegrar a la parte demandada los los títulos suscritos o por los que hubiesen sido sustituidas/os o bien el importe obtenido en su venta con el interés legal desde tal fecha, así como la totalidad de los importes abonados como intereses o rendimientos durante el periodo de vigencia de los contratos, con el interés legal del dinero desde el instante desde su percepción hasta la fecha del dictado de la presente sentencia. Nótese, en fin, y sirva como recordatorio que es doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias del TS de 24 de marzo o de 22 de mayo de 2006, entre otras muchas), que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecido, sin que suponga incurrir en incongruencia.

Por tanto, la demandada ha de restituir a la demandante el importe total invertido que asciende a la suma de 106.950 euros, más las comisiones, los gastos de custodia y los intereses legales que correspondan desde su respectivo cargo en cuenta, debiéndose compensar de todo ello los importes de los rendimientos que haya percibido con los intereses legales desde la fecha de su percepción, debiendo la demandante devolver los certificados adquiridos a la parte demandada.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació 2M0X0S1T4J6GGP/NH2C26P9ZYA9817WR
Data : hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zurine





En consecuencia de lo anterior, en ejecución de sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (artículo 219.2 LEC) que se acaba de citar. En consecuencia, en ejecución de la presente sentencia se determinará la cantidad oportuna que, por vía de la compensación judicial, resulta ser acreedora la parte actora.

QUINTO: El artículo 394 de la LEC establece que *en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie y así lo rzone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*, procediendo en consecuencia la imposición de las mismas a la parte demandada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo totalmente la demanda interpuesta por DOÑA [REDACTED] sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad y demás pedimentos, contra TRIODOS BANK NV, SUCURSAL EN ESPAÑA declarando la nulidad de los contratos de autos por los que la demandante adquirió 1409 títulos de certificados de depósito de acciones (documentos 1a y 1b de la demanda), y condenando a la demandada TRIODOS BANK NV, SUCURSAL EN ESPAÑA a la devolución a la actora del importe total invertido que asciende a la suma de 106.950 euros, más las comisiones, los gastos de custodia y los intereses legales que correspondan desde su respectivo cargo en cuenta, deduciendo las cantidades de los



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: 2M0XOSTT4J6GGPWH2C26P9ZYA98I7WR
Data i hora 16/06/2023 22:40	Signat per Garcia Carrillo, Zuriñe





rendimientos que haya percibido con los intereses legales desde la fecha de su percepción, según compensación que se efectuará en fase de ejecución de Sentencia, debiendo la demandante devolver los certificados adquiridos a la parte demandada.

|| Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** del que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **veinte días hábiles** contados desde el día siguiente al de su notificación, exponiendo las alegaciones en que se base tal impugnación, además de citar la resolución apelada, con expresión de los pronunciamientos que impugna (Art. 458 LEC), previa constitución del depósito que prevé la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre.

Líbrese testimonio de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.

Así, por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:
<https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Codi Segur de Verificació:
2M0XOSTT4J6GGP\NH2C26P9ZYA98I7\WR

Data i hora
16/06/2023
22:40

Signat per: Garcia Carrillo, Zurice

