

Roj: STS 4004/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4004
Id Cendoj: 28079110012015100518
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1879/2013
Nº de Resolución: 489/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Septiembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D^a Carina, representada ante esta Sala por la procuradora D^a Leticia Calderón Galán, contra la sentencia dictada el 24 de mayo de 2013 por la Sección 25^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 787/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1700/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida "Bankinter, S.A.", representada ante esta Sala por la procuradora D^a Rocío Sempere Meneses.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO.- La procuradora D^a Leticia Calderón Galán, en nombre y representación de D^a Carina, interpuso demanda de juicio ordinario contra "Bankinter, S.A." en la que solicitaba « [...] dicte en su día una sentencia por la que estimando la presente demanda, acuerde:

»a) *Declarar la nulidad radical de la orden de compra de valores de Landsbanki Island de 04.1.2007 llevada a cabo por D^{ña}. Carina, Código ISIN nº NUM000 bajo el asesoramiento y/o intermediación de Bankinter como consecuencia del vicio/error del consentimiento, declarándose que Bankinter ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y se condene a Bankinter, tras la declaración de nulidad, a la adquisición de los títulos objeto de comercialización, con la devolución de la cuantía relativa a la inversión ascendente a la suma de cincuenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros con sesenta y ocho céntimos (57.464,68 #), más los intereses legales desde la fecha de la inversión incrementados en dos puntos.*

»b) *Subsidiariamente a lo anterior, se declare que Bankinter ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y depositario de valores, infringiendo la buena fe contractual, así como la normativa del mercado de valores de aplicación, y se condene a Bankinter a indemnizar a la demandante, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su negligente actuar, equivalente a la suma de cincuenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros con sesenta y ocho céntimos (57.464,68.-#), más los intereses legales desde la fecha de la inversión incrementados en dos puntos.*

»c) Se condene en ambos casos a las costas del procedimiento a Bankinter, incluso caso de allanamiento».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 26 de diciembre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de los de Madrid y fue registrada con el núm. 1700/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada "Bankinter, S.A."

TERCERO.- La procuradora D^a Rocío Sempere Meneses, en representación de "Bankinter, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado del Primera Instancia núm. 87 de los de Madrid, dictó sentencia de fecha 23 de mayo de 2012, con la siguiente parte dispositiva: *»Debo desestimar y desestimo la excepción de caducidad formulada por el Procurador Sra. Sempere Meneses, en nombre y representación acreditada en la causa.*

»Debo estimar y estimo la demanda promovida por el Procurador Sra. Calderón Galán en nombre y representación acreditada en la causa.

»Debo declarar y declaro la nulidad radical de la Orden de Compra de Landsbanki Island HF Código ISIN NUM000, por importe nominal de 55.000,00 euros, y un efectivo de 57.464,68 euros de fecha 4 de enero de 2007 por vicio esencial de consentimiento de D^a Carina.

»Debo condenar y condeno a Bankinter, S.A. a que abone a D^a Carina la suma de 57.464,68 euros o la cantidad efectivamente desembolsada para la adquisición del producto más los intereses legales desde la fecha de la demanda hasta esta sentencia y desde la fecha de esta Resolución, incrementados en dos puntos, hasta el completo pago, así como el pago de las costas de este procedimiento».

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Bankinter, S.A."

La resolución de este recurso correspondió a la sección 25^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el núm. 787/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 239/2013 en fecha 24 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva dispone: *«FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankinter, S.A. contra la sentencia nº 119/2012 dictada en fecha 23 de mayo de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 87 de Madrid, en los autos de juicio ordinario número 1700/2011, debemos revocar dicha resolución judicial; con desestimación de la demanda, excepto en el capítulo de costas procesales, no procediendo su expresa imposición en ambas instancia, a ninguna de las partes y con reintegro del depósito para recurrir a la apelante».*

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

SEXTO.- La procuradora D^a Leticia Calderón Galán, en representación de D^a Carina, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- En virtud del art. 469.1.2º LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia en relación con el art. 217 apartado 3 LEC al haberse trasladado la carga de la prueba sobre un hecho negativo a la actora cuando correspondía a la demandada, por cuanto no estimándose como probados algunos hechos, se han atribuido las consecuencias de dicha falta de prueba a quien no le incumbía probarlos.

Segundo.- Conforme al art. 469.1.4º LEC por infracción del art. 24.1 CE de 1978 en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva por error manifiesto, en conexión con la infracción de los arts. 319 y 326.1 LEC al resultar la valoración de la prueba efectuada por la Sentencia de apelación, notoriamente irracional y no ajustada a las directrices de la lógica ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta los arts. 1265 y 1266 CC en el sentido de que la sentencia recurrida no estima la pretensión de la nulidad contractual sobre la base del error en el consentimiento habiéndose acreditado los requisitos para ello conforme a los artículos citados y la Jurisprudencia que los desarrolla tal y como estimó la sentencia de primera instancia

Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC por infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de 18.04.2013, nº 244/2013 (Ilmo. Sr. Sarazá Jimena), 20.01.2003 (Ilmo. Sr. Almagro Nosete), sentencia de 22.12.2009 (Ilmo. Sr. Xiol Ríos) y sentencia de 17.04.2013 nº 240/2013 (Ilmo. Sr. Xiol Ríos) relativas a las obligaciones de diligencia del comisionista mercantil en aplicación de los arts. 244, 255 y 259 del Código de Comercio de 1885, en relación con el art. 1726 CC y arts. 78 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores».

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma la recurrente D^a Carina y la recurrida "Bankinter, S.A.", por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 22 de abril de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D^a Carina contra la sentencia dictada, en fecha 24 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), en el rollo de apelación nº 787/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1700/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid.

»2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

OCTAVO.- Se dio traslado a la parte recurrida "Bankinter, S.A." para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

NOVENO.- Por providencia de 1 de junio de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 22 de Julio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- D^a Carina interpuso demanda contra "Bankinter, S.A." (en lo sucesivo, Bankinter), en la que, resumidamente, como pretensión principal, solicitaba que se declarara la nulidad de la orden de compra de valores (participaciones preferentes) Landbanski Island realizada el 4 de enero de 2007, por error vicio del consentimiento, con restitución de los 57.464,68 euros más los intereses legales, y, subsidiariamente, que se declarara que Bankinter había sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones como comisionista prestador de servicios de inversión y depositario de valores, y se condenara a Bankinter a indemnizarle en 57.464,68 euros más los intereses legales.

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión principal de la demanda. Consideró que la demandada adquirió las participaciones preferentes del banco islandés Landbanski por recomendación de Bankinter, sin que la demandante fuera informada sobre las características y riesgos del producto que adquiriría (como eran el carácter perpetuo del producto, sin posibilidad de rescate por la demandante por su sola voluntad, emitido por una entidad extranjera de la que no existía información habitual en los mercados secundarios nacionales, la posibilidad de ausencia de rentabilidad y el riesgo de pérdida del capital invertido), pues la orden de compra no contenía información suficiente y Bankinter no facilitó a la demandante información previa a la comercialización del producto, ni le informó de su evolución y de los problemas que afectaron a los bancos islandeses, lo que sería relevante al tener la demandante una posición distinta a la de Bankinter en cuanto a la información sobre la inversión.

Por ello, el Juzgado consideró que la demandante *«ni conocía ni podía conocer las características de su producto, sus riesgos y avatares ni al tiempo de la inversión -pues no recibió información suficiente sobre los elementos esenciales que configuran el producto que se le recomendaba-, ni tampoco pudo conocer la naturaleza de su inversión con posterioridad a su comercialización, pues no recibió información puntual sobre los riesgos o avatares que la amenazaban en el mercado real»*.

Por estas razones, el Juzgado declaró que la demandante había sufrido un error esencial en su consentimiento sobre la naturaleza y elementos esenciales del producto que adquiriría, que, de no haber mediado, hubiera podido dar lugar a la no contratación, y afirmó que tal vicio de consentimiento implicaba una nulidad radical y absoluta, no sometida a plazo de caducidad.

Por tales razones, el Juzgado desestimó la excepción de caducidad planteada por Bankinter, estimó la pretensión principal de la demanda, declaró la nulidad radical de la orden de compra del producto de inversión por vicio esencial del consentimiento de la demandante y condenó a Bankinter a restituir a la demandante la cantidad de 57.464,68 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

3.- Bankinter recurrió la sentencia en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso. Con cita de diversas sentencias de otras secciones de la Audiencia, varios de cuyos párrafos transcribía, el tribunal de apelación consideró que el vicio del consentimiento no determinaba la nulidad radical del contrato, por lo que la acción de anulabilidad estaba sometida a un plazo de caducidad de cuatro años, que se iniciaba en la fecha de celebración del contrato, por lo que la acción estaba caducada.

Respecto de la acción en exigencia de responsabilidad por incumplimiento contractual ejercitada de forma subsidiaria, afirmaba que no se podía apreciar conducta negligente de Bankinter por no informar a su cliente sobre un posible riesgo de insolvencia de los bancos islandeses, que le era desconocido.

La Audiencia consideró que la realización de otras inversiones por la demandante le avalaban como experimentada cliente, y que *«la información suministrada a la actora sobre el*

producto financiero que ésta adquiriría -participaciones preferentes en Banco de Islandia- no consta que fuera insuficiente, sino que se atenía a la información que para este tipo de instrumentos financieros regía en la fecha de la contratación, pudiendo haber acudido la inversora a los datos que facilita la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el caso de querer ampliar su conocimiento de sus características técnicas», sin que constara que Bankinter impidiera a la cliente que pudiera adoptar su decisión inversora con suficiente conocimiento de causa, y sin que existiera prueba de que Bankinter no diera información suficiente a la demandante sobre el producto.

Asimismo, afirmaba la Audiencia, como en la fecha en que se emitió la orden de compra no regía la normativa MiFID, no era obligatoria la realización del test de idoneidad y de conveniencia para la contratación, sin que tampoco existiera entre las partes un contrato de asesoramiento de inversión conforme a la definición que del mismo da el art. 63.1.g de la Ley del Mercado de Valores.

4.- La demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en dos motivos, y recurso de casación, fundado en otros dos motivos, contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal tiene este encabezamiento: *«En virtud del art. 469.1.2º LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia en relación con el art. 217 apartado 3 LEC al haberse trasladado la carga de la prueba sobre un hecho negativo a la actora cuando correspondía a la demandada, por cuanto no estimándose como probados algunos hechos, se han atribuido las consecuencias de dicha falta de prueba a quien no le incumbía probarlos».*

2.- En el motivo se argumenta que la sentencia infringe el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto que atribuye a la demandante las consecuencias negativas de la falta de prueba de la información que Bankinter dio a la demandante, cuando la carga de la prueba de haber facilitado una información correcta y adecuada sobre el producto financiero recae sobre la entidad bancaria.

TERCERO.- Decisión de la Sala. La carga de la prueba de la información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero.

1.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que Bankinter no dio información a la demandante sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero que adquiriría, puesto que la orden de compra no contenía esta información y Bankinter no facilitó otra información previa.

La Audiencia Provincial no contradice propiamente la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que la contratación del producto se hizo por consejo del banco, pese a negar que exista un contrato de asesoramiento de los previstos en el art. 63.g de la actual redacción de la Ley del Mercado de Valores (en la vigente en el momento de la inversión, se refería al servicio de asesoramiento el art. 63.f), ni afirma que Bankinter diera una información diferente a la que el Juzgado de Primera Instancia consideró facilitada (la contenida en la orden de compra). Pero declara que la entidad bancaria no estaba obligada a informar sobre el riesgo de insolvencia del banco islandés cuyas participaciones preferentes adquirió la demandante; que no consta que la demandada no diera información suficiente sobre el producto; que tampoco consta que Bankinter impidiera a la cliente adoptar su decisión inversora con conocimiento de causa; y que la demandante podía haber acudido a la CMNV para informarse sobre las características del producto.

2.- La demandante ha probado que contrató, por consejo de Bankinter, que en este caso actuaba como empresa de servicios de inversión, un producto de inversión consistente en unas participaciones preferentes, y ha probado el contenido de la información que le fue facilitada en la orden de compra del producto, en la que solo constaba que adquiriría unas participaciones preferentes de Landsbanki Islands, que era calificado como una operación a vencimiento, fijándose incluso la fecha de vencimiento, a un tipo del 6,25% y una liquidación trimestral.

Con estos elementos, la demandante acreditaba que había adquirido un producto de inversión, complejo y de riesgo, que solo se le había informado de esos extremos, por lo que no constaba ni las características del producto (más allá de su naturaleza de operación a plazo que luego resultó no ser cierta, el tipo de interés y poco más) ni se detallaban los riesgos de la inversión. Con estos elementos de información, claramente insuficientes, y dada la asimetría informativa existente entre el banco y el cliente, existía una presunción de error excusable en el consentimiento sobre elementos esenciales del producto, y para desvirtuarlo era necesaria la prueba de la existencia de una información suficiente y clara, suministrada con la antelación adecuada, sobre las características del producto, la existencia o inexistencia de garantías y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto contratado, que permitiera al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato.

La falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultaron debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada.

3.- Al no haberlo hecho así, al haber hecho recaer sobre la demandante las consecuencias negativas de que no existiera prueba de que la demandada hubiera suministrado otra información que no fuera la contenida en la orden de compra (pues ni la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ni la de la Audiencia Provincial consideran probado que se diera a la demandante otra información), la sentencia recurrida vulnera las reglas de la carga de la prueba aplicables, dadas las características de la acción ejercitada y de la materia sobre la que recae.

4.- Al estimarse el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede, conforme prevé la disposición transitoria 16ª de dicha ley, asumir la instancia y dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

Asunción de la instancia.

CUARTO.- El cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento.

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial aborda correctamente la cuestión de cuál es la naturaleza de la nulidad derivada del error vicio del consentimiento, que no es la de una nulidad radical, en la que la acción para exigir su declaración no está sometida a plazo alguno de ejercicio, sino la de una nulidad relativa o anulabilidad. Así lo ha declarado esta Sala en numerosas ocasiones (sentencias núm. 603/2013, de 4 de octubre, y núm. 119/2015, de 5 de marzo, entre las más recientes).

El consentimiento no es inexistente. Existe, pero está viciado por el error. El contrato es susceptible de confirmación, expresa o tácita, y asimismo, si la acción de anulación no es ejercitada en plazo, el contrato deviene inatacable por razón del vicio del consentimiento.

En esta clase de nulidad, el ejercicio de la acción está sometida al plazo previsto en el art. 1301 del Código Civil, conforme al cual *«[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...]»*.

2.- Ahora bien, lleva razón la demandante cuando, en su recurso de casación, alega que el momento inicial del cómputo de ese plazo de ejercicio de la acción no es el declarado por la sentencia de la Audiencia Provincial, según la cual la fecha inicial sería la de celebración del contrato, lo que determinaría que la acción de anulación por error vicio del consentimiento estuviera caducada.

En la sentencia núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declaramos:

«Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil.

«La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881 [rectius, 1889], solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

«La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

«En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

«Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

3.- Aplicando la doctrina contenida en esta sentencia y teniendo en cuenta que la demandante no tuvo conocimiento de los elementos determinantes del error al menos hasta

que, en octubre de 2008, se produjo la intervención del banco islandés cuyas participaciones preferentes había adquirido, la acción no había caducado cuando se ejercitó en diciembre de 2011.

En consecuencia, procede examinar la prosperabilidad de la acción ejercitada con carácter principal.

QUINTO.- El error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.

1.- Las sentencias del Pleno de esta Sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y num. 769/2014, de 12 de enero, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

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

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

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

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la

condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

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

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

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

6.- En el caso enjuiciado, la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida en apelación (no olvidemos que este tribunal ha asumido la instancia y no está sujeto a las limitaciones del recurso extraordinario por infracción procesal en la revisión de la valoración de la prueba) es fundamentalmente acertada. Por otra parte, las razones que llevaron a la Audiencia Provincial a revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, más que relacionadas con la valoración de la prueba, estuvieron fundadas en una aplicación incorrecta de la carga de la prueba en relación a aquellos extremos sobre los que no existía prueba (si Bankinter había dado a la demandante más información sobre el producto que adquiriría que la que aparecía en la orden de compra), que ya ha sido resuelta en el recurso extraordinario por infracción procesal, y en una valoración jurídica de la cuestión que esta Sala no considera correcta.

La información suministrada por Bankinter a la demandante es insuficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente.

Sobre este particular, las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y num. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/ CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de

inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «*en el marco de las negociaciones con sus clientes*». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información «*clara, correcta, precisa, suficiente*» que debe suministrarse a la clientela sea «*entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación*».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.

No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente adquirió el producto porque le fue ofrecido por el empleado de Bankinter. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, como parece entender la sentencia de la Audiencia Provincial, remunerado, como pretende la apelante, ni que esta inversión cayera dentro de un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y Bankinter. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición.

En este caso, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra prerredactada por Bankinter, que fue el documento que se presentó a firma a la demandante, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza del producto adquirido, no se identificaba adecuadamente al emisor de las participaciones preferentes, los datos que se contenían ofrecían una información equivocada, o cuanto menos equívoca, sobre la naturaleza del producto (como era la del plazo, cuando en realidad se trataba de participaciones perpetuas), y no se informaba sobre los riesgos del producto.

7.- En el caso objeto del recurso, la tesis de la Audiencia Provincial, que asume lo declarado sobre este particular por otra sentencia de otra sección de la Audiencia de Madrid, consiste en que «*[n]o se puede apreciar, por tanto, conducta negligente en Bankinter por no conocer ni informar a su cliente sobre un posible riesgo de insolvencia de los Bancos islandeses que le era desconocido*».

La afirmación no se considera correcta, puesto que una cosa es que Bankinter, cuando ofreció a la demandante la contratación de las participaciones preferentes, no pudiera saber que el banco islandés iba a entrar en una situación de insolvencia, y otra diferente es que sí conocía que existía ese riesgo de insolvencia, puesto que se trataba de una inversión que no se encontraba cubierta por ningún fondo de garantía ni por la propia Bankinter, y que además la entidad de cuya solvencia dependía que la demandante no perdiera su inversión no se encontraba supervisada por la autoridad española.

Por su parte, la recurrida, Bankinter, afirma que no era preciso advertir del riesgo de crédito porque es un riesgo inherente a todo mercado de capitales e incluso a toda relación jurídica que implique una prestación diferida. Tal tesis no puede admitirse. Era necesario que la empresa de servicios de inversión informara a la cliente, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor porque Bankinter no garantizaba la inversión y por la inexistencia de fondo de garantía alguno.

Como afirmábamos en nuestra sentencia núm. 460/2014, de 10 de septiembre, de Pleno, la entidad con la que contrataba la demandante, un banco (en este caso Bankinter), lleva asociada claras connotaciones de seguridad en la contratación por la existencia de una fuerte

supervisión pública, y la existencia de fondos de garantía frente a su insolvencia que cubren, al menos, parte de los créditos de los clientes frente a ese tipo de entidades. Por tanto, no puede aceptarse que para la demandante fuera obvio que la recuperación del dinero que invertía pudiera verse impedida por la insolvencia de una entidad radicada en Islandia, no sometida a la supervisión de autoridad española alguna y no cubierta por ningún fondo de garantía. De hecho, como se verá, la Directiva comunitaria desarrollada por la normativa interna entonces vigente establecía la obligación de informar sobre si existía un fondo de garantía o protección equivalente para la inversión contratada. En estas circunstancias, para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

8.- Dijimos en las sentencias de Pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014 de 12 enero de 2015, que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «*asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]*».

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos.

La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «*informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes*», establece en su art. 12:

«*La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. [...]*»

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9: *«Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».*

9.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, *«la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».*

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso,

la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

10.- Tampoco se considera correcta la afirmación de la sentencia de la Audiencia en el sentido de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante podía haber acudido a los datos que facilita la Comisión Nacional del Mercado de Valores para obtener la información adecuada sobre el instrumento financiero que contrataba.

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Menos aún cuando se afirma que tal información podía haberla solicitado no ya a la empresa de inversión, sino a organismos públicos, cuya obligación (y capacidad) de informar a los particulares sobre los pormenores de sus concretas inversiones potenciales es, cuanto menos, dudosa.

11.- Bankinter cuestionó también el perfil inversor de la demandante (una señora jubilada que en el momento de la inversión tenía unos 76 años), puesto que había contratado otros productos de inversión de similares características en cuanto a riesgos.

No existe prueba adecuada de que la demandante tuviera el perfil de inversora experta que le atribuye Bankinter y que fue aceptado por la Audiencia. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Bankinter, sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

12.- En definitiva, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa.

13.- Lo expuesto lleva a que el recurso de apelación deba ser desestimado, y el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmado, si bien con la supresión del adjetivo "radical" que se ha utilizado para calificar la nulidad que se declara, sin que ello tenga ninguna trascendencia práctica.

SEXTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la desestimación del recurso de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, conlleva que, en cuanto a costas, no proceda hacer expresa imposición de los recursos extraordinarios y proceda condenar a Bankinter a las costas del recurso de apelación.

2.- Procédase a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Declarar haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D^a Carina, contra la sentencia dictada, en fecha 24 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 25^a.

2.- Anulamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, asumimos la instancia, y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "Bankinter, S.A." contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de los de Madrid, cuyo fallo confirmamos, con la salvedad de eliminar el calificativo "radical" que acompaña al término "nulidad", condenando a la apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

3.- No procede imposición de costas de los recursos extraordinarios Devuélvase a la recurrente los depósitos constituidos para interponer los recursos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castán.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.