



Roj: **STS 676/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:676**

Id Cendoj: **28079110012018100103**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2018**

Nº de Recurso: **1089/2015**

Nº de Resolución: **103/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

**Sentencia núm. 103/2018**

Fecha de sentencia: 01/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1089/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/07/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1089/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

**Sentencia núm. 103/2018**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 1 de marzo de 2018.



Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 1016/2014 por la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1795/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Valencia, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Sara Gil Furio en nombre y representación de Refortec S.L. y don Gines, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María del Mar de Villa Molina en calidad de recurrente y el procurador don Francisco José Abajo Abril en nombre y representación de Bankia S.A. en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La procuradora doña Sara Gil Furio en nombre y representación de Refortec S.L, don Gines y doña Gloria, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Bankia S.A., asistido del letrado don José Ríos Almela y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare:

«PRIMERO.- Declare nulos de pleno derecho y/o anulables las órdenes de compra suscritas por nuestros representados, relativas supuestamente a los productos "OBS. Bancaja E.08", que consta en el cuerpo de este escrito.

»SEGUNDO.- Condene a la demandada a pagar a nuestros representados la cuantía que deberá ser calculada en ejecución de sentencia con arreglo a la siguiente operación matemática:

»Importe abonado por la compra de cada activo, 188.000 Euros en el caso de Refortec, S.L. y 30.000 Euros en el caso de Don Gines y Doña Gloria.

»Más las comisiones cobradas desde la fecha de cargo en cuenta de la compra del producto.

»Menos los intereses abonados como rentabilidad de los activos.

»Más el interés legal del dinero del importe abonado en virtud de las órdenes de compra y de las sucesivas comisiones, desde la fecha de cargo en cuenta, hasta la fecha de Sentencia, devengando a partir de ese momento el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

»TERCERO.- Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que fuesen rechazados los dos anteriores puntos de este suplico, declare que la demandada Bankia, S.A., ha incurrido en responsabilidad contractual por incumplimiento de sus obligaciones.

»CUARTO.- Condene a la demandada a resarcir los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento, cuyo importe coincide con la cuantía fijada en el punto Segundo de este Suplico.

»QUINTO.- Se impongan las costas del presente procedimiento a la parte demandada».

**SEGUNDO** .- La procuradora doña Elena Gil Bayo, en nombre y representación de Bankia S.A., contestó a la demanda, asistido del letrado don José Luis Figueras Sanchís y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Íntegramente la demanda y absuelva a mi representada de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con imposición de costas a la parte actora».

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, dictó sentencia con fecha 15 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que con estimación de la excepción de falta de legitimación activa de Dña. Gloria, debo estimar y estimo la referida excepción, teniendo a la referida demandante apartada del procedimiento.

»Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por Refortec S.L., Gines contra Bankia S.A. y contra BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A. Y DEBO DECLARAR Y DECLARO nulos los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas objeto de autos, lo cual conlleva a la nulidad del contrato de canje de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia por inexistencia de causa.

»Y CONDENO a la parte demandada Bankia S.A. y a BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A. a abonar, de manera conjunta y solidaria, a Refortec S.L. la suma de 188.000 € y en el caso de Gines la suma de 30.000 €, más en ambos casos, sus intereses legales desde la fecha de los contratos en aplicación de lo dispuesto



en el art. 1303 Código Civil , menos los importes recibidos como intereses o cupones por la parte actora; con condena en costas a la parte demandada».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de las entidades Bankia, S.A. y BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A. la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 11 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de las entidades Bankia, S.A. y BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 21 de los de Valencia de 15 de septiembre de dos mil catorce , que se REVOCA en su integridad , y, en su lugar se desestima la demanda interpuesta por la mercantil Refortec, S.L. y Dº Gines , absolviendo a la recurrente de los pedimentos de aquella y no dando lugar a la nulidad contractual pretendida.

»Ello, con imposición a los demandantes de las costas de Primera Instancia y sin efectuar expresa imposición de las causadas en esta alzada, Y, con restitución a la misma del depósito constituido para recurrir».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Refortec S.L. y don Gines , argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal en un único motivo: Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, en base a lo previsto en el apartado 1, ordinal 4.º del artículo 469 de la LEC . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción por inaplicación del artículo 6.3 del Código Civil y del artículo 2.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Segundo.- Infracción del artículo 10 bis 1 y de la Disposición Adicional Primera, apartado 1 número 2, por inaplicación. Tercero.- Infracción del artículo 10. a de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984. Cuarto.- Infracción por inaplicación del artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 ; artículo 2 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo y de su Anexo , en concreto los artículos 1, 4 y 5; artículos 7.º y 9.º de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995. Quinto.- Infracción del artículo 1266 del Código Civil , en relación con el artículo 1265, en especial en relación con el requisito de la excusabilidad del error-vicio del consentimiento.

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 22 de marzo de 2017 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de Bankia S.A. y Banco Financiero y de Ahorros S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de julio del 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de varias operaciones de adquisición de obligaciones subordinadas por error vicio en el consentimiento prestado.

**2.** En síntesis, la entidad Refortec S.L. contrató con la entidad Bancaja (actualmente Bankia, S.A.) la adquisición de títulos de obligaciones subordinadas «E.08» por importe de 188.000 euros, mediante diversas suscripciones de fechas 9 de julio de 2002, 11 de diciembre de 2002 y 5 de agosto de 2004. Por su parte, el Sr. Gines , representante de la citada empresa, a título particular, contrató con dicha entidad bancaria la adquisición de títulos de obligaciones subordinadas por importe de 30.000 euros.

El 22 de mayo de 2013, ante la eventualidad de perder la inversión realizada, la entidad Refortec S.L. y el Sr. Gines aceptaron la oferta de recompra y canje por acciones de Bankia S.A. Fruto de dichas operaciones, Refortec S.L. recuperó la cantidad de 150.467,76 euros, y el Sr. Gines la cantidad de 24.082,80 euros.

De los hechos acreditados en la instancia cabe destacar los siguientes: i) no ha resultado acreditada la entrega del folleto explicativo del producto financiero, ii) el representante legal de la empresa, arquitecto técnico, carecía de formación cualificada en materia de inversiones financieras, y iii) su experiencia inversora se centraba mayoritariamente en depósitos bancarios y, en ocasiones, en la adquisición de bonos y acciones.

En este contexto Refortec S.L. y el Sr. Gines interpusieron una demanda contra Bankia S.A. y el Banco Financiero y de Ahorro S. A., en la que solicitaron que se declarase la nulidad por vicio del consentimiento de la contratación antes indicada, con la consiguiente restitución de las prestaciones; o subsidiariamente, que se declarase que Bankia S.A. había incumplido sus obligaciones de asesoramiento, condenándola a la indemnización de los daños y perjuicios causados.



La entidad bancaria se opuso a la demanda.

**3.** La sentencia de primera instancia estimó la demanda. En este sentido declaró la nulidad de los contratos suscritos por error en el consentimiento prestado, y consideró que dicha nulidad comportaba también, dada su vinculación, la nulidad de los contratos de canje de obligaciones subordinadas por las nuevas acciones de Bankia, por lo que condenó a las demandadas al pago, conjunto y solidario, de 188.000 euros a Refortec S.L., y de 30.000 euros al Sr. Gines , más los intereses legales.

**4.** Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia con la desestimación de la demanda interpuesta. A los efectos que aquí interesan, fundamentó su decisión con arreglo a la siguiente argumentación:

«[...] A la vista de cuanto se ha puesto de manifiesto, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de los productos, de su complejidad y de los concretos riesgos asociados a los mismos y a tal efecto resulta determinante el perfil que resulte acreditado que concurre en los actores contratantes. Y, con arreglo a los criterios expuestos, correspondiendo a la parte demandante acreditar el error sufrido y su talante de inversor ocasional que justificase, a los efectos que pretende en la demanda, la relevancia de una falta de información o de una información absolutamente deficiente, la Sala no puede concluir, tal y como hizo el Juzgador de Primera Instancia, que la parte actora careciese de experiencia previa, en materia de inversión, por cuanto que, analizando detenidamente su perfil, como persona física y como administrador de la mercantil co-demandante, entidad con importantísimos resultados de explotación, y sus condiciones personales y profesionales, la calificación que defiende como cliente conservador, ahorrador y de riesgo inversor bajo, no resiste el análisis de la documental obrante en autos referente a su historial inversor en productos prácticamente idénticos a las suscripciones ahora sujetas a controversia, bonos de la 18ª emisión de Bancaja, año 2.001, y, otros distintos, variados y de riesgo, fondo de inversión mobiliaria, Bancaja Construcción y Bancaja Garantizado Global Titan F.7, acciones de sociedades mercantiles varias, Abengoa, Gas Natural, Bankia, Telefonica y Pagaré Bancaja, que se remontan a años anteriores. En definitiva, la variada e importante actividad inversora desarrollada por la parte actora no puede entenderse compatible o presidida por el rechazo del riesgo»

**5.** Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

**6.** Con carácter previo al examen de los recursos interpuestos procede desestimar las causas de inadmisión alegadas por la demandada en la formulación de su oposición. Las demandantes recurrentes identifican con suficiente precisión y claridad los problemas jurídicos que plantean, lo que permite que la parte recurrida pueda realizar las alegaciones que estime convenientes para su defensa, así como que esta sala pueda entrar a valorar las cuestiones de fondo planteadas (entre otras, SSTS 667/2016, de 14 de noviembre , 727/2016, de 19 de diciembre y 2/2017, de 10 de enero ).

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

**SEGUNDO.- 1 .** Refortec S.L. y el Sr. Gines interponen recurso extraordinario por infracción procesal que articulan en un único motivo.

En dicho motivo, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , se denuncia la vulneración del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE por la arbitraria e ilógica valoración de la prueba que realiza la sentencia recurrida. El desarrollo del motivo se centra, primordialmente, en destacar la errónea valoración de la prueba que realiza la sentencia en atención al «perfil inversor» que presentan los demandantes, de forma que no puede concluirse su carácter de inversor experto en materia de inversión financiera.

**2.** El motivo debe ser desestimado.

La calificación del perfil del cliente, como la complejidad de los productos de inversión que contrata, son cuestiones de índole sustantiva que resultan improcedentes en el marco de este recurso extraordinario ( art. 477 LEC ; SSTS 25/2017, de 18 de enero y 146/2017, de 1 de marzo ; entre otras).

#### **Recurso de casación.**

**TERCERO.-** Obligaciones subordinadas. Perfil de inversor experto. Error en el consentimiento prestado.

**1.** Los demandantes, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC , con base al interés casacional por infracción de la doctrina jurisprudencial de esta sala, interponen recurso de casación que articulan en cinco motivos.

El motivo primero presenta la siguiente formulación:

«Infracción por inaplicación del artículo 6.3 del Código Civil y del artículo 23 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de Julio de 1.984, en relación con las normas imperativas y prohibitivas que consideramos conculcadas ( artículo 2.1 letra "d "; artículo 13.1 letras "d " y " f "; artículo 10 apartado "a " y apartado "c", 2º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de Julio de 1.984 ; artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de Julio de 1.988 ; artículo 2 del Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo y de su Anexo , en concreto los artículos 1 , 4 y 5, todos ellos en relación con el artículo 7 del Código Civil ).»

El motivo así planteado debe ser desestimado por incumplimiento de los requisitos esenciales en su formulación.

Esta sala, entre otras muchas, en su sentencia 209/2017, de 30 de marzo , ha declarado que el recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa ( art. 477.1 LEC ), lo que se traduce, no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado ( art. 481.1 y 3 LEC ); la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada ( art. 481.1 LEC ); y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida.

En el presente caso, la formulación del motivo adolece claramente de falta de la precisión que impone la función nomofiláctica de la casación; de forma que, fuera de una estructura ordenada que posibilite el tratamiento separado de cada cuestión, el motivo plantea una acumulación de infracciones que impide que se concrete la norma realmente infringida.

**3.** En los motivos segundo y tercero, tras citar como normas infringidas en el art. 10 bis y la disposición adicional primera, apartado 1, número 2 de la LGDCU y el art. 10, apartado a) de dicho texto legal , respectivamente, los demandantes denuncian el carácter abusivo de la cláusula que faculta al banco emisor para proceder a la amortización anticipada del valor de los títulos al cumplirse cinco años desde su suscripción, así como la no superación del control de transparencia de la contratación realizada.

Se procede al examen conjunto de ambos motivos.

**4.** Los motivos deben ser desestimados.

Los recurrentes plantean cuestiones nuevas que no fueron discutidas en la instancia, por lo que carecen manifiestamente de fundamento ( art. 483.2.4.º LEC ).

**5.** En los motivos cuarto y quinto, los demandantes denuncian la infracción del art. 79 de la LMV, del art. 2 del RD 629/1993, de 3 de mayo , así como su anexo, artículos 1 , 4 y 5, y la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , respectivamente. Argumentan que el incumplimiento de los deberes de información por la entidad bancaria ha comportado al error vicio de los clientes en el momento de llevarse a cabo la contratación o suscripción de dichos títulos de obligaciones subordinadas; con cita de las SSTs de 29 de octubre de 2013 , 10 de septiembre de 2014 y 20 de enero de 2014 .

Se procede al examen conjunto de los motivos

**6.** Los motivos deben ser estimados.

Como hemos dicho en las sentencias número 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 102/2016, de 25 de febrero y 584/2016 de 30 de septiembre , en este tipo de contratos de productos complejos y de un significativo nivel de riesgo para el inversor, la empresa que preste servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación:

«El art. 79 LMV, vigente en la fecha de contratación, ya establecía 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 su parte, 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». Y el art. 5 del anexo del RD 629/1993 , aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía 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 todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de





servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, 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 Refortec S.L. y el Sr. Gines adquirieron las obligaciones subordinadas porque le fueron ofrecidas por empleados de la demandada. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los demandantes y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

En este caso, no bastaba con una simple información verbal ofrecida en el momento mismo de suscripción de las órdenes de compra, sino que era exigible una información previa sobre la naturaleza de los productos adquiridos, sobre las dificultades de reventa, sobre la posposición a efectos de cobro en caso de insolvencia de la entidad emisora y sobre sus riesgos. No es admisible ofrecer un producto complejo y arriesgado a personas sin formación financiera (arquitecto técnico), ni experiencia previa en este tipo de inversiones, sin unas mínimas cautelas sobre su perfil inversor, ni las necesarias advertencias sobre los riesgos asumidos al contratar.

La sentencia recurrida obvia ese patente déficit informativo, conforme a las pautas legales exigibles, con el argumento de que los recurrentes tenían perfil inversor experto, puesto que con anterioridad habían suscrito unos bonos de emisión de Bancaja, un fondo de inversión mobiliaria y diversas acciones de sociedades mercantiles.

Conclusión que no puede ser compartida y que se opone a la jurisprudencia uniforme de la sala en esta materia. Como ya declaramos en las mencionadas sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero, para la entidad de servicios de inversión 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. Como hemos afirmado en las sentencias antes reseñadas, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas, en productos de naturaleza diferente o no idénticos a los que son objeto de litigio, no los convierte en expertos. La contratación de las obligaciones subordinadas sin que la entidad pruebe que ofreció la información legalmente exigible o que los clientes ya la había recibido con ocasión de la adquisición de productos semejantes, solo indica la incorrección de la actuación de la entidad financiera, no el carácter experto de los recurrentes.

El incumplimiento por la entidad del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece 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».

Tampoco cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia, puesto que el error ya se había producido y los clientes, ante el riesgo cierto que suponía que la entidad emisora no tenía la solvencia que manifestaba, aceptaron dicho canje a fin de intentar incurrir en las menores pérdidas posibles. Canje que, por otra parte, sí que resultó válido y que reportó que los clientes recuperaran una parte significativa de la inversión realizada.

**CUARTO.- Efectos de la estimación de los motivos**



Como resultado de todo lo expuesto, el recurso de casación debe ser estimado por lo que procede casar la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. y Banco Financiero y Ahorros S. A..

En este sentido, sobre la pretensión principal del recurso de apelación respecto de la validez de la suscripción de los títulos de las obligaciones subordinadas ya nos hemos pronunciado al resolver el recurso de casación, en donde hemos declarado su nulidad por error vicio en el consentimiento prestado. Respecto a la pretensión subsidiaria de los apelantes de aminorar el capital que debe ser restituido con la detracción de las cantidades recuperadas tras el canje de las acciones, procede su estimación conforme a la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida, entre otras en la STS 561/2017, de 16 de octubre . En consecuencia, revocamos en parte la sentencia del juzgado de primera instancia, en el sentido de que declarada la nulidad de los contratos objeto de la *litis* se proceda a la restitución de las prestaciones realizadas, con sus respectivos intereses desde la fecha de pago, aminorando el capital que deben recibir los demandantes con la detracción de las cantidades recuperadas por el canje de las acciones.

**QUINTO.- Costas y depósitos.**

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC .
2. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC .
3. La estimación del recurso de casación comporta la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. y Banco Financiero y Ahorros S.A. por lo que no procede hacer expresa imposición de costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC
4. La estimación en parte del recurso de apelación comporta la estimación en parte de la demanda interpuesta por Refortec S.L. y el Sr. Gines por lo que no procede hacer expresa imposición de costas de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 LEC .
5. Procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15ª LOPJ .

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad Refortec S.L. y D. Gines contra la sentencia dictada con fecha 11 de febrero de 2015, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, en el rollo de apelación número 1016/2014 .
2. Estimar el recurso de casación interpuesto por la citada representación contra la sentencia de referencia que casamos y anulamos, y asumiendo la instancia estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. y Banco Financiero y Ahorros, S. A. y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Valencia, de 15 de septiembre de 2014 , dictada en el juicio ordinario núm. 1795/2012, con estimación parcial de la demanda en el sentido de declarar la nulidad de los contratos objeto de esta *litis* y ordenar la restitución de las prestaciones realizadas, con sus respectivos intereses desde la fecha de pago, aminorando el capital que deben recibir los demandantes con la detracción de las cantidades recuperadas por el canje de las acciones.
3. Procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.
4. No procede hacer expresa imposición de costas de apelación, ni de primera instancia.
5. Procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación.

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

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo



Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena

Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ