

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 124/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente  
García

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

**Auto núm. /**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 30 de mayo de 2018.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La representación procesal de Banco Santander, S.A. interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2015, aclarada por auto de 19 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.<sup>a</sup>) en el

rollo de apelación n.º 215/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1205/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 91 de Madrid.

**SEGUNDO.** Mediante diligencia de ordenación de 13 de enero de 2016 se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días.

**TERCERO.** Formado el rollo de sala, han comparecido el procurador don Eduardo Codes Feijoo en nombre y representación de Banco Santander, S.A., como parte recurrente; y el procurador don Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de don \_\_\_\_\_, como parte recurrida.

**CUARTO.** Por providencia de 4 de abril de 2018 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

**QUINTO.** Mediante escrito presentado el 20 de abril de 2018, la representación procesal de la parte recurrente interesó la admisión de los recursos; mientras que la parte recurrida, por escrito de 19 de abril de 2018, mostró su conformidad con la posible causa de inadmisión.

**SEXTO.** La parte recurrente ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15.ª de la LOPJ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se han interpuesto contra una sentencia dictada en la segunda instancia de un juicio ordinario, en el que se ejercita, entre otras, la acción de nulidad de los contratos de adquisición de un producto estructurado tridente de 14 de julio de 2007 y 29 de enero de 2009, por error vicio en el consentimiento,

tramitado en atención a la cuantía. La cuantía no excede de 600.000 euros, por lo que su acceso a la casación es la del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

La Audiencia aprecia la caducidad de la acción en relación con el contrato de 14 de junio de 2007, al consumarse sus efectos como consecuencia de la celebración del segundo contrato, declara la nulidad del contrato de enero de 2009 por error vicio en el consentimiento, y condena a la restitución de las prestaciones.

**SEGUNDO.** La demandada apelada ha interpuesto recurso de casación en la modalidad de interés casacional. El recurso contiene dos motivos.

El motivo primero se funda en infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, y en la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre los requisitos de que deben concurrir en el error para que tenga un efecto invalidante del consentimiento, en concreto sobre el requisito de la excusabilidad. Para justificar el interés casacional cita, entre otras, las sentencias 829/2006, de 17 de julio, y 660/2012, de 15 de noviembre.

Según el recurso, no concurren los presupuestos para apreciar un error excusable y la Audiencia no ha analizado la diligencia exigible al demandante atendidas las circunstancias concurrentes: que el banco informó que el primer producto tridente contratado perdía mas de un 70% de su valor y que se le ofreció el segundo producto que, con otras condiciones y mayor plazo, permitiera, aunque no asegurara, la recuperación de parte de lo invertido; que el demandante había invertido en otros productos de riesgo; que el clausulado del contrato del producto estructurado le advertía de la posibilidad de pérdida de capital; y que el demandante había completado el test de idoneidad en el año 2007.

El motivo segundo se funda en infracción del art. 1303 CC, en relación con el alcance de la restitución de las prestaciones como consecuencia de la apreciación de un vicio en el consentimiento, y se alega la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que establece que la finalidad de la restitución es colocar a las partes en la situación personal y patrimonial anterior a la suscripción del contrato cuya nulidad ha sido declarada. Cita, entre otras, las sentencias 259/2009, de 15 de abril, y 102/2015, de 10 de marzo.

Según el recurso, la sentencia recurrida infringe dicha doctrina al condenar al Banco a la restitución del importe nominal de la inversión, en vez de poner a las partes en la situación patrimonial inmediatamente antecedente a la suscripción del contrato anulado, ya que, inmediatamente a la celebración del contrato de suscripción del producto estructurado anulado, el demandante era titular de otro producto tridente que acumulaba pérdidas superiores al 70% , y fue este producto el que se entregó a cambio del nuevo, sin que se tuviera que entregar ningún importe adicional. Por ello, la restitución de las prestaciones supondría o bien al abono al cliente de la cancelación del producto tridente en la fecha de suscripción del contrato anulado, o bien el abono del importe que hubiera resultado de haber llevado el producto estructurado al vencimiento, en la medida en que al anularse el acuerdo de su cancelación aquel producto tridente reviviría.

**TERCERO.** El recurso de casación debe ser inadmitido al incurrir en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional (arts. 477.2.3.º y 483.2.3.º LEC), al desarrollarse al margen de la base fáctica y de la razón decisoria de la sentencia recurrida.

1. En lo que respecta al motivo primero, las sentencias del Pleno de esta sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, así como, entre otras muchas, las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre, 102/2016, de 25 de febrero, y 411/2016, de 17 de junio, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión.

A la hora de excluir el error o de apreciar su excusabilidad, esta sala (entre otras, en sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, 676/2015, de 30 de noviembre, y 310/2016, de 11 de mayo) ha declarado:

«[...]Es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes –que no son profesionales del mercado financiero y de inversión– quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente

a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios[...]».

Por otro lado, el deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato.

En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre, reiteran:

«Como ya hemos recordado en otras ocasiones, "[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)».

En el mismo sentido, reiteramos en la sentencia 269/2017, de 4 de mayo:

«Lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información como las condiciones en que materialmente se cumple el mismo (entre otras, sentencia 562/2016, de 23 de septiembre). Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre, con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero, y 489/2015, de 16 de septiembre).»

En lo que respecta a los conocimientos especializados en esta clase de productos complejos, dijimos en la sentencia 60/2016, de 12 de febrero:

«No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] »

En cuanto al posible conocimiento previo del producto por parte del cliente o la realización de algunas inversiones previas, en la sentencia 102/2016, de 25 de febrero, se razonaba lo siguiente:

«Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, 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 núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Caixa Catalunya, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes 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 de los clientes. [...]».

En el presente supuesto, sentencia recurrida considera probado que existió una labor de asesoramiento, de hecho existía entre las partes un contrato de asesoramiento o de gestión asesorada de cartera; la calificación del demandante como cliente minorista, que la inversión realizado lo fue por recomendación de la entidad bancaria, y que el producto que le fue ofrecido es un producto complejo y de alto riesgo, de color rojo, en la terminología de la entidad financiera, adecuado solo para inversores de perfil arriesgado, sin que se le informara de una manera clara y precisa de los riesgos de la inversión.

Así, destaca que la entidad financiera realizó el correspondiente test de idoneidad en noviembre de 2007, pero dicho test no cumplía todos y cada uno de los requisitos que establece el art. 79 bis LMV, y aunque dicho requisito no se exigía a la fecha en que se firmó el contrato del año 2007, si lo era cuando se firmó el contrato del año 2009. Considera que de la calificación que se hacía del cliente en el mencionado test no se puede deducir que tuviera un perfil arriesgado, y menos aún que fuera adecuado para este tipo de inversiones de alto riesgo, y de una exposición de un capital de tanto valor a su pérdida total. También entiende que no se puede llevar a calificar al cliente

como inversor arriesgado o que tuviera conocimientos financieros de los mercados y de los productos que se le ofrecían por el hecho de que hubiera invirtió en algunos fondos de inversión, también por asesoramiento de la entidad financiera, pero en todo caso en niveles de exposición de riesgo muy inferiores.

Por otro lado, aprecia que contrato es complejo y su comprensión es difícil, sin que el hecho de que se recoja en el mismo la posibilidad de pérdida total de la inversión implique que el cliente ha sido informado y asesorado correctamente, pues no basta que se recoja dicha mención en el contrato para cumplir de una manera formal ese deber de información, sino que haya existido una información real y efectiva, y del examen de la amplia prueba documental, y de las propias declaraciones de los empleados de la entidad apelada, no se puede deducir que se le informara de una manera clara y precisa de los riesgos de la inversión, y de las posibles variaciones del mercado del que se hacía depender, no solo la rentabilidad de la inversión, sino el propio capital invertido.

En cuanto a los efectos de que el demandante aceptara la cancelación del primer producto estructurado de 2007 en el año 2009, la Audiencia considera que tal hecho no puede ser obstáculo para examinar si existió o no el error a la firma del segundo contrato, teniendo en cuenta para valorar esta situación una serie de elementos. Por un lado que el cliente aceptó firmar el nuevo producto en mayo de 2009, cuando el primer tridente tenía ya unas pérdidas superiores al 70%, que la razón por la que la propia entidad financiera ofreció el nuevo producto, lo fue para facilitar que los clientes, en este caso el apelante pudiera recuperar en su caso como máximo el 70% de la inversión, pero a través de un producto tan complejo y de tanto riesgo como el anterior, de lo que deduce que se indujo al error al cliente en la suscripción de este segundo tridente, no constando que se le informara adecuadamente del producto, ni de las variables de que dependía dicha inversión, y sin fuera idóneo al igual que el primero de ellos si se tiene en cuenta el perfil del cliente. Y entiende que el hecho de que le cliente firmara un anexo, en el que hace constar que ha solicitado por propia iniciativa ese producto, no es más que una manifestación del error a que se le indujo ya que de la declaración testifical deduce que fueron los empleados de la entidad

financiera los que le ofrecieron dicho producto; producto que, reitera, no consta que se le informara.

En definitiva, considera que ha existido un incumplimiento de la entidad financiera al no haber realizado ni el test de idoneidad, ni de conveniencia, con los requisitos que establece el art. 79 bis LMV, antes de la suscripción del contrato del 2009, y no se ha acreditado por la entidad financiera le informara de una forma clara y precisa, de las características del producto complejo y de alto riesgo que se le ofreció, cuando ni era adecuado ni conveniente a su perfil, cumpliendo ese deber de información veraz y defensa de los intereses de su cliente, lo que le indujo a celebrar el contrato, incurriendo en un error relevante y que es determinante de la nulidad del contrato.

A la vista de la base fáctica del sentencia recurrida y de la doctrina antes expuesta, el interés casacional es inexistente. En cualquier caso el interés casacional alegado por la parte recurrente no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos

2. En lo que respecta a los efectos restitutorios, el recurso se desarrolla la margen de la razón decisoria de la sentencia recurrida, que en su fundamento de derecho segundo considera como hecho probado que Banco de Santander ofreció a un nuevo producto estructurado «por el que la entidad financiera procedía a la devolución del 100% de la inversión realizada» en el anterior contrato de 14 de junio de 2007 y que, mediante auto aclaratorio, especifica que la restitución debe ser el importe nominal que se fijó por las partes en 300.000 euros, en la medida que ese fue el importe del capital invertido según el contrato suscrito.

**CUARTO.** La improcedencia del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, puesto que mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia



dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16.<sup>a</sup>, apartado 1, párrafo primero y regla 5.<sup>a</sup>, párrafo segundo, LEC.

**QUINTO.** Las alegaciones efectuadas por la recurrente en el trámite de audiencia, previa a esta resolución, no desvirtúan los anteriores argumentos.

Consecuentemente, procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este auto no cabe recurso alguno.

**SEXTO.** Abierto el trámite de puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión contemplado en los arts. 483.3 y 473.2 LEC y habiendo formulado alegaciones la parte recurrida personada, procede condenar en costas a la parte recurrente.

**SÉPTIMO.** La inadmisión de los recursos determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 9, de la LOPJ.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1.º No admitir el recurso de casación ni el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por Banco Santander, S.A. contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2015, aclarada por auto de 19 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.<sup>a</sup>) en el rollo de apelación n.º 215/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1205/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 91 de Madrid.

**2.º** Declarar firme dicha sentencia.

**3.º** Imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

**4.º** Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución, al órgano de procedencia.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

