



Roj: **STS 2489/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2489**

Id Cendoj: **28079110012018100392**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **3603/2015**

Nº de Resolución: **406/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 406/2018

Fecha de sentencia: 29/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3603/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CÁDIZ SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3603/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 406/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 29 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Brigida , representada por la procuradora D.^a Mercedes Caro Bonilla, bajo la dirección letrada de D. Agustín Azparren Lucas, contra la sentencia núm.



212/2015, de 14 de octubre, dictada por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el recurso de apelación núm. 35/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 756/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cádiz. Sobre nulidad contractual (obligaciones subordinadas).

No se ha personado ante la sala la parte recurrida BANKIA S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Inmaculada González Domínguez, en nombre y representación de D.^a Brigida, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia (Caja Madrid), en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1.- Declare la nulidad/anulabilidad por vicio de error en el consentimiento (art. 1266 CC) del contrato de fecha 07/06/10 de compra de 90.000 € de deuda subordinada y vencimiento a 10 años el 07/06/20.

»2.- Subsidiariamente, acuerde la resolución del contrato por incumplimiento (art. 1088 y 1101 CC) por parte de la Entidad de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información, por falta de información adecuada al cliente de lo que compraba.

»3.- Y en todos los casos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes por defecto legal inherente en el art. 1303 CC, condene a Bankia (Caja Madrid) a restituir a la actora la cantidad de 90.000 euros de compra de obligaciones subordinadas, con los intereses de dicha suma, que en defecto de pacto, deben ser los legales devengados desde la fecha del contrato a la fecha de la presentación de esta demanda.

»4.- Así como, a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a los actores o, que lo fueren en lo sucesivo, por la contratación o por cualquier otra razón de la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones y, por su parte, el demandante deberá devolver a la entidad demandada Bankia (Caja Madrid) la deuda subordinada recibida en virtud del contrato cuya nulidad se declaran, transmitiendo a la demandada la propiedad de dichas participaciones, así como la suma en concepto de beneficios generados por dicha deuda subordinada, procediendo la compensación entre ambas cantidades.

»5.- E imponga las costas de este procedimiento a Bankia (Caja Madrid) si se opone a esta justa acción».

2.- La demanda fue presentada el 26 de julio de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cádiz, fue registrada con el núm. 756/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Vicenta Guerrero Moreno, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario contra mi representada, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante».

4.- Por auto de 12 de noviembre de 2013, dictado por el Juzgado, se tuvo por comparecida en calidad de demandada a Banco Financiero y de Ahorros S.A.U., quien no presentó escrito de contestación a la demanda dentro del plazo legal establecido.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cádiz dictó sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D.^a Inmaculada González Domínguez en nombre y representación de D.^a Brigida, debo declarar y declaro la nulidad por vicio de error en el consentimiento del contrato suscrito entre la parte actora y Bankia S.A. en fecha 7 de julio de 2010, debiendo Bankia reintegrar a la actora la cantidad de NOVENTA MIL (90.000 €), con los intereses legales desde la fecha de suscripción del contrato, 7 de julio de 2010, y por su parte D.^a Brigida deberá devolver a la entidad demandada los títulos adquiridos, o los que les hayan sustituido por el canje, si éste se hubiera producido, así como los intereses percibidos desde la suscripción del producto, incrementados con el interés legal devengado desde la fecha de cada abono hasta su efectiva restitución; todo ello con imposición de las costas causadas a los demandados».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, que lo tramitó con el número de rollo 35/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva dice:



«Que estimando el recurso de apelación sostenido en esta instancia por BANKIA S.A. contra la sentencia de fecha 15/10/2014 dictada por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Cádiz en los autos ya citados, REVOCAMOS la misma y ABSOLVEMOS a dicha entidad de la demanda presentada por DOÑA Brigida , sin hacer imposición alguna de las costas causadas ni en primera ni en segunda instancia».

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Inmaculada González Rodríguez, en representación de D.ª Brigida , interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue:

«Al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con el artículo 78 , 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre del Mercado de Valores y su desarrollo reglamentario, a la luz de la jurisprudencia de la Sala I [...]».

2.- 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 la Sala y personada únicamente la parte recurrente, mediante la procuradora mencionada en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 7 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Brigida contra la sentencia dictada con fecha 14 de octubre de 2015, por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª), en el rollo de apelación 35/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 756/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cádiz.

2º) Queden los autos pendientes de deliberación y fallo cuando por turno corresponda».

3.- Por providencia de 17 de mayo de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 7 de junio de 2010, Dña. Brigida , viuda, de 76 años de edad, con estudios primarios, suscribió con la entidad Caja Madrid (actualmente, Bankia S.A.) una orden de adquisición de obligaciones subordinadas de «CajaMadrid 2010-1», por un importe nominal de 90.000 €.

Dos días antes se había realizado a la Sra. Brigida un test de conveniencia, en el que se marcaron positivamente todas las casillas.

No se realizó test de idoneidad.

2.- La Sra. Brigida interpuso una demanda contra Bankia, en la que solicitó que se declarase la nulidad por vicio del consentimiento del contrato antes indicado, con la consiguiente restitución de las prestaciones. Y, subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada, también con restitución de las prestaciones.

3.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda, al considerar resumidamente: (i) el producto es complejo; (ii) fue ofertado por el banco a la cliente y por tanto hubo servicio de asesoramiento; (iii) no consta qué información sobre los riesgos del producto se ofreció a la inversora; (iv) en consecuencia, concurrió error vicio en el consentimiento.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso, por las siguientes y resumidas razones: (i) se realizó test de conveniencia; (ii) la demandante firmó un documento en el que consta que había sido informada sobre la naturaleza y riesgo del producto; (iii) se le entregó un tríptico en el que constaba que las obligaciones subordinadas no eran un depósito y no estaban garantizadas por el Fondo de Garantía de Depósitos; (iv) la demandante tenía experiencia inversora, incluyendo la adquisición de participaciones preferentes. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Formulación del único motivo

1.- El único motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción de los arts. 1.265 y 1.266 CC ; en relación con los arts. 78 , 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (LMV).



2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sentencia de la Audiencia desconoce e inaplica la normativa protectora de la clientela minorista en cuanto a los deberes de información de las entidades financieras en la comercialización de productos financieros complejos; y las consecuencias que el incumplimiento de tales deberes tiene sobre la prestación del consentimiento por parte del cliente, que puede conllevar un error que vicie dicho consentimiento.

TERCERO.- *Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión*

1.- En relación con el producto financiero al que se refiere el enjuiciamiento, hemos dicho ya en múltiples resoluciones que la deuda subordinada es un producto financiero complejo que, si bien generalmente ofrece una rentabilidad mayor que otros activos de deuda, pierde capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad emisora, ya que el pago está subordinado en el orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios (en caso de concurso, art. 92.2 Ley Concursal). Además, el capital en ningún caso está garantizado y no está protegido por el Fondo de Garantía de Depósitos.

2.- Las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, así como la sentencia 489/2015, de 16 de septiembre, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. 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. 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.

3.- El art. 1266 CC 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 CC). 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 de abril).

4.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. 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 concreto, en caso de productos financieros complejos, la ley impone a la entidad comercializadora la obligación de informar al cliente minorista.

5.- 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 núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

6.- En el caso enjuiciado, las razones que llevaron a la Audiencia Provincial a revocar la sentencia del juzgado de primera instancia estuvieron basadas en una valoración jurídica de la cuestión que esta sala, a la luz de su jurisprudencia reiterada, no considera correcta. La información suministrada por Caja Madrid a la demandante no puede calificarse como suficiente, no se ajusta a los parámetros exigidos legalmente.

Sobre este particular, las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 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».

La normativa MiFID, ya incluida en nuestro Derecho cuando se suscribió el contrato litigioso, en particular el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores -LMV - (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. Siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero, ente otras muchas).

Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten tales servicios deben:

- i. Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo.
- ii. La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.
- iii. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

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 la cliente adquirió la deuda subordinada porque le fue ofrecida por Caja Madrid. Para que haya asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento. 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.

7.- En este caso, no consta que hubiera esa información previa, hasta el punto de que el propio empleado de la entidad comercializadora reconoció en el juicio que desconocía qué información se había suministrado realmente a la cliente.

Las valoraciones jurídicas que hace la Audiencia Provincial sobre la entrega de información documental no son correctas, puesto que no fue una información facilitada con antelación suficiente, sino un simulacro, en el que en el mismo día de firma del contrato se le hizo firmar a la Sra. Brigida unos documentos que contenían las declaraciones de supuesto conocimiento.

En todo caso, el test de conveniencia puede ser equívoco para una cliente minorista, puesto que se refiere al producto contratado como «renta fija deuda subordinada», sin especificar las características que lo singularizan respecto del resto de productos de renta fija, como la posposición en la prelación de cobro en caso de insolvencia o las dificultades para obtener liquidez.

Asimismo, los documentos sobre las características del producto y la información sobre los riesgos, a los que se refiere la Audiencia Provincial, resultarían relevantes si se hubieran entregado con antelación suficiente para que pudieran ser evaluados por la cliente. Pero no cuando se entregan el mismo día de suscripción del contrato, como un conglomerado documental que pierde todo su sentido por la falta de tiempo material para ser asimilado.

Ya dijimos en la sentencia 421/2017, de 4 de julio , también en un asunto de comercialización de obligaciones de la misma entidad, que su deber de información comporta una actuación positiva de informar con antelación suficiente de los riesgos del producto, que, como regla general, no puede sustituirse por el contenido del contrato ni por la entrega en el mismo acto de toda la documentación contractual, incluyendo la relativa a la



información sobre los riesgos, salvo algún caso en que, en dicha documentación, se contenga de manera clara e inequívoca la información suficiente, lo que no sucedió en el supuesto litigioso.

8.- Como consecuencia de lo cual, en tanto que la sentencia recurrida se opone a la normativa expuesta y a la jurisprudencia de esta Sala, debe ser casada, asumiendo la instancia este Tribunal, a fin de desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

CUARTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él generadas, a tenor del art. 398.2 LEC .

2.- La desestimación del recurso de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, conlleva que se impongan a la parte apelante las costas que causó, conforme previene el art. 398.1 LEC .

3.- Procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación; y la pérdida del constituido para el recurso de apelación; de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOP

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Brigida contra la sentencia n.º 212/2015, de 14 de octubre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el recurso de apelación n.º 35/2015, que anulamos y dejamos sin efecto.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Cádiz, con fecha 15 de octubre de 2014, en el juicio ordinario n.º 756/2013, que confirmamos en todos sus pronunciamientos.

3.º- Imponer a Bankia S.A. las costas del recurso de apelación.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.