



Roj: **STS 3715/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3715**

Id Cendoj: **28079110012019100600**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2019**

Nº de Recurso: **2876/2017**

Nº de Resolución: **621/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 502/2017,**
STS 3715/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 621/2019

Fecha de sentencia: 20/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2876/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.^a

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2876/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 621/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 20 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2017, dictada en recurso de apelación 122/2017, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada, dimanante de autos de juicio ordinario 197/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Paulino, representado en las instancias por la procuradora Dña. María Isabel Martínez Hernández, bajo la dirección letrada de D. David Rodríguez Donaire, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Juan de la Ossa Montes en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses, bajo la dirección letrada de D. Fernando Tallón Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Paulino, representado por la procuradora Dña. María Isabel Martínez Hernández y dirigido por el letrado D. David Rodríguez Donaire, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que:

"Acuerde la nulidad de las pólizas de crédito y bonos suscritos por mi mandante no caducados y, en su virtud, condene a la entidad demandada a restituir a mi patrocinada, la cantidad de doscientos ochenta mil setenta y un euros (280.071.-€), más los intereses que se devenguen desde fecha 4 de enero de 2016, y a las costas causadas".

2.- El demandado Bankinter S.A., representado por el procurador D. Rafael Merino Jiménez-Casquet y bajo la dirección letrada de D. Fernando Tallón Martínez, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que desestimando íntegramente la demanda interpuesta de adverso, absuelva libremente a mi representada de las pretensiones contenidas en la misma, con expresa imposición de las costas a la parte demandante".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Granada se dictó sentencia, con fecha 15 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Dña. María Isabel Martínez Hernández en nombre y representación de D. Paulino contra la entidad Bankinter S.A.:

"1.º- Debo declarar y acuerdo la nulidad por anulabilidad de las dos pólizas de crédito suscritas por el actor en fechas 10 de marzo de 2006, póliza núm 392/2006 y 16 de marzo de 2006, póliza núm. NUM000 .

"2.º- Debo declarar y acuerdo la nulidad por anulabilidad de los siguientes contratos:

"a) Bon Aquisgran de fecha 7 de junio de 2007.

"b) CTF Bienvenida 2 Cupón Fi de fecha 16 de mayo de 2008.

"c) CTF Europa 2 Cupón Fi de fecha 17 de marzo de 2010.

"d) Bon Eurostoxx 2 Cupón de fecha 5 de noviembre de 2013.

"3.º- Debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora las cantidades entregadas desde la contratación de los productos y hasta las fechas de su vigencia descontadas las cantidades cobradas por el demandante en virtud de dichos productos más sus intereses legales.

"En cuanto a las costas del procedimiento, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

Y con fecha 2 de diciembre de 2016 se denegó mediante auto aclaración solicitada por la parte demandante.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 16 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimamos el recurso de apelación presentado por Bankinter S.A., y revocamos la sentencia de 15 de noviembre de 2016 dictada en el juicio ordinario 197/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia



núm. 8 de Granada y desestimamos la demanda presentada por D. Paulino , condenándole al pago de las costas ocasionadas en primera instancia, sin hacer condena por las costas del recurso y devolución del depósito constituido".

TERCERO.- 1.- Por D. Paulino se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 1261, 1258, 1265, 1269, 1300, 1301 y 1303 CC en relación con los arts. 78 y 79 Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la Ley 47/2007 y art. 79 bis Ley del Mercado de Valores; art. 5 del anexo del RD 629/1993 y 62, 64, del RD 217/2008 por no tener en cuenta la sentencia recurrida la existencia de error excusable, invalidante del consentimiento por falta de información suficiente del banco y con la insuficiente antelación, sobre el contenido, riesgos del contrato, oponiéndose a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Segundo motivo.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 79 de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores, en relación con los arts. 61, 72, 73 y 74 del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y art. 4 del anexo del RD 629/1993, al pasar por alto la sentencia recurrida el incumplimiento por parte del Banco de las obligaciones de indagación y clasificación del cliente, así como la realización del test de idoneidad y test de conveniencia impuestos por dicha normativa, lo que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sentencia de pleno 840/2013 de 20 de enero de 2014, recurso 879/2012 y sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, recurso 811/2014.

Tercer motivo.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 1261, 1258, 1265, 1266, 1269, 1300, 1301 y 1303 CC en relación con los arts. 78 y 79 Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la Ley 47/2007 y art. 79 bis Ley del Mercado de Valores; arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993 y 62, 64, 72 y 73 del RD 217/2008, arts. 8B y 10 de la LGDCU y otras leyes complementarias por existencia de error excusable, invalidante del consentimiento por falta de información suficiente del banco y con la suficiente antelación, sobre el contenido, riesgos de los contratos de créditos con cláusulas de pignoración que excede sobradamente la cantidad a garantizar y están asociados a derivados financieros (contrato financiero complejo en su conjunto) e infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: Sala 1.ª, sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, recurso 2290/2012; 460/2014, de 10 de septiembre; 244/2017, de 20 de abril, recurso 2721/2013; sentencia 11/2017, de 13 de enero, recurso 2001/2013; sentencia 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 67/2017, de 2 de febrero; 11/2017, de 13 de enero; 633/2015, de 13 de noviembre, y 4549/2014, de 22 de octubre.

Cuarto motivo.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 6.3 del Código Civil en relación con el art. 5 del anexo del RD 629/2006 y los arts. 62, 64, 72 y 74 del RD 217/2008 y, por contradicción a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, representada por la sentencia 878/2008, de fecha 10 de octubre, dictada en pleno.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 29 de junio de 2019, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de la entidad mercantil Bankinter S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 12 de noviembre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

El presente recurso de casación se interpuso contra una sentencia recaída en un juicio ordinario en el que era parte demandante Don Paulino , frente a Bankinter, S.A., y se reclamaba el pago de 280.071 euros. La parte demandante fundamentó su pretensión en el hecho de que tenía reconocida una minusvalía del 88% por falta de visión, que casi era sordo y, además era analfabeto, habiendo obtenido su patrimonio como consecuencia de haber ganado un premio de lotería, solicitando la nulidad de determinados contratos por vicio en el consentimiento imputable a la actuación dolosa del Banco que le indujo a suscribir el 16 de marzo de 2006 una póliza de crédito por importe de 1.300.000 euros y el día 4 de julio de 2012 una segunda póliza también de crédito por importe de 185.000 euros, cuando tenía activos financieros suficientes de los que podía disponer sin necesidad de solicitar los créditos; por la suscripción de estos dos contratos reclamaba 209.973 euros y para obtener esta cantidad había calculado los gastos totales inherentes a estos contratos de crédito, había restado los gastos que calculó le habría supuesto el rescate de los activos financieros con



los que contaba en ese momento y actualizó la diferencia a la fecha del informe pericial. Los 70.097,77 euros restantes se justificaban en el perjuicio sufrido por la suscripción de cuatro órdenes de compra de bonos a través de Bankinter, imputándole también a la entidad demandada engaño y mala fe, al actuar con la única finalidad de enriquecerse a sabiendas de la nula capacidad del actor para entender los productos que le hacían firmar. Se refería la demanda a cuatro órdenes de compra, alegando que las demás acciones que le pudieran corresponder por otras operaciones similares estarían caducadas a la fecha de la demanda y se refería a los siguientes bonos:

- 1.- Bono Aquisgran comprado el 7 de junio de 2007 por importe de 100.000 euros y vendido el 12 de junio de 2012 por importe de 24.797,95 euros.
- 2.- Ctf Bienvenida 2 Cupón Fi, comprado el 16 de mayo de 2008 por 150.000 euros y vendido el 21 de mayo de 2013 por 66.356,99 euros.
- 3.- Ctf Europa 2 Cupón Fi, comprado el 17 de marzo de 2010 por importe de 134.000 euros y vendido el 20 de marzo de 2015 por importe de 200.000 euros.
- 4.- Bono Eurostoxx 2 Cupón, comprado el 27 de enero de 2009 por importe de 25.300 euros y vendido el 5 de noviembre de 2013 por la cantidad de 60.661,50 euros.

A dicha pretensión se opuso la parte demandada, alegando en primer lugar la caducidad de la acción ejercitada por la parte demandante, alegando en segundo lugar que no concurría vicio alguno del consentimiento al ser el demandante plenamente conocedor del producto contratado al estar asesorado desde el punto de vista financiero por un tercero, considerando que por su parte no se había producido incumplimiento contractual alguno que justificara dicha pretensión, alegando por último la improcedencia de la pretensión económica ejercitada ya que, solicitando que se anulen los contratos por error del consentimiento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, procedería la restitución de las prestaciones realizadas, algo que no se pedía, siendo improcedente la cantidad reclamada al no ejercitarse una acción de resolución contractual al amparo del artículo 1124 o de indemnización de daños y perjuicios en aplicación del artículo 1101, ambos del mismo texto legal.

La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de las dos pólizas de crédito y de las cuatro órdenes de compra de bonos subordinados y condenó al Banco a abonar al actor las cantidades entregadas desde la firma de los contratos, descontando las cantidades cobradas por el demandante, con los intereses legales, a determinar en ejecución de sentencia. Dicha resolución, tras rechazar la caducidad de la acción, consideró acreditado que la parte demandada no informó al demandante sobre la naturaleza y riesgos de los productos financieros adquiridos. Apoya tal afirmación en que está acreditada la existencia de una incapacidad del 88% en el actor, situación perfectamente conocida por la entidad financiera y así se desprende de la extensa relación contractual que existía entre las partes y si bien se alega por la parte demandada que el demandado, precisamente por dicha situación, estaba asesorado desde el punto de vista financiero por un tercero, algo que no ha podido acreditarse en el presente procedimiento al no ser posible oír a dicho tercero, Sr. Marcelino, por haber fallecido, contándose únicamente con la declaración testifical de los dos hijos del actor, Dña. Estrella y D. Pablo Jesús, los mismos manifestaron que el Sr. Marcelino solamente era un amigo de su padre que no tenía conocimientos bancarios, y que no asesoraba a su padre. Por último y en lo que se refiere a las pólizas de crédito aunque las mismas puedan considerarse como un producto no complejo, considera que existe un hecho que determinan dicha complejidad, o por lo menos hace que no nos encontremos ante una póliza de crédito ordinario y es el hecho de introducir en los mismos la cláusula adicional para el establecimiento de una prenda sobre los propios fondos del cliente, con las evidentes consecuencias que ello implicaba para el demandante, constancia esta y transcendencia que no consta fueran debidamente explicadas al actor. Es más, tanto del contenido del informe pericial como de la declaración testifical prestada por D. Jose Luis, director de una entidad financiera y a quien consultó la gestoría del demandante para efectuar la declaración del IRPF, queda acreditado que en el año 2006, fecha de contratación de las pólizas, el demandante disponía de activos financieros suficientes para hacer frente a la compra de un solar, que tal como se puso de manifiesto en el acto de la vista era el motivo para el que el actor solicitaba el reintegro de la cantidad, siendo sustituida dicha posibilidad por la contratación de las dos pólizas de crédito.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, recurso que fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, que hoy es objeto del presente recurso de casación. Dicha resolución estimó el recurso interpuesto revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de desestimar la demanda.

Apoya la sentencia de la Audiencia Provincial tal fallo en los siguientes extremos:



- Con relación a las pólizas de crédito indica que si bien el demandante tiene una minusvalía debido a los problemas de visión que padece desde su infancia, no podemos olvidar que se trata de una persona mayor de edad y con plena capacidad jurídica y de obrar, que ha gestionado su patrimonio como ha tenido por conveniente y por esa razón en tres años, entre otras cosas, adquirió distintos bienes inmuebles valorados en 2.300.000 euros, siendo el de mayor envergadura la compra del solar urbano de donde parece que surgen los problemas de liquidez en los que ahora se encuentra, inversión que se hizo con unas expectativas que parece que no se han materializado y en la que el Banco no tuvo ninguna intervención, más allá de concederle una línea de crédito que le permitiera realizar la operación; plena capacidad del actor que resultó confirmada en el acto del juicio a pesar de su minusvalía. Añade que, en cualquier caso, el producto ofrecido por el Banco se ajustaba a la finalidad perseguida por el cliente. Cuestión distinta es que luego el negocio no tuviera los resultados esperados, pero la póliza de crédito propuesta y aceptada por el actor parece que era el producto conveniente para la finalidad a la que iba destinada.
- Con relación a las cuatro órdenes de compra de productos financieros complejos, en su fundamento de derecho sexto, indica lo siguiente:

"[...] que la minusvalía que sufre el actor no es justificación para no preocuparse de nada, pues como decimos siempre ha estado con plena capacidad de obrar y por ello ha podido celebrar numerosos contratos de compraventa, préstamos, pólizas de créditos, compra de acciones, fondos y todo tipo de bonos, acudiendo en numerosas ocasiones a la notaría para la firma de las distintas operaciones. Y precisamente porque el actor no sabía leer, en todo momento acudió al Banco acompañado de una persona de su confianza que sí sabía leer y escribir, don Marcelino persona que falleció a finales del año 2010 y a partir de ese momento fue la hija es este señor, doña Candelaria, quien le acompañaba al Banco, como terminó reconociendo la testigo en la vista del juicio (minuto 14:30, grabación 4.^a), en concreto, que iba con el Sr. Paulino al Banco para enterarse de cómo iba "el terna" (minuto 13:50, grabación 4.^a) y se quejaba de que estaba perdiendo mucho dinero (minuto 14:40, grabación 4.^a), sin recordar en qué momento comenzaron las pérdidas (minuto 14:10). Pero según el hijo del actor, doña Candelaria era la asesora fiscal de su padre (minuto 43:00, grabación 3.^a) y si bien es cierto que era don Marcelino y no su hija Candelaria quien le acompañó al Banco cuando se suscribieron los contratos objeto de este procedimiento y era la persona que estaba presente en todas las reuniones con los encargados del Banco, no es posible admitir que don Marcelino no le comentara a su hija la suscripción de todas estas operaciones, tal y como declaró doña Candelaria en el acto del juicio con el argumento de que no vivía con su padre (minuto 16:30), pues era ella la encargada de la confección de las declaraciones de la renta del actor y su padre le echaba una mano en la gestoría (minuto 11:30, grabación 4.^a), siendo probablemente el Sr. Paulino una de las personas con mayor patrimonio de la asesoría que regentaba y, además, amigo personal del padre de la titular del establecimiento.

"Por tanto, aunque el Sr. Paulino no supiera leer los contratos que firmaba, iba acompañado de una persona de su confianza que sí podía leerlos y de hecho el actor reconoció en el acto del juicio que a las reuniones le acompañaba don Marcelino y escuchaban las explicaciones del producto y también admitió que le leían los contratos aunque afirmó que él no entendía nada (minutos 26:40 y 30:40) y resulta difícil admitir que insistiera una y otra vez en que no quería productos con riesgo y por eso recordaba perfectamente el contrato de gestión discrecional de patrimonio suscrito con Bankinter en el año 2004 con esas características y que sin embargo ni él ni la persona de su confianza que le acompañaba, no advirtieran que en los cuatro bonos a que se refiere al demanda y los trece bonos anteriores, que la primera característica que en todos ellos se destacaba era que el capital no estaba garantizado, que podía perder hasta el 100% del capital invertido y que se trataba de un producto financiero de riesgo elevado.

"Ha resultado acreditado que el Banco enviaba regularmente los extractos bancarios de las distintas operaciones a su cliente, como así explicó el testigo don Jose Luis quien examinó la situación financiera del actor al solicitárselo la gestoría que llevaba sus temas, es decir, la Sra. Candelaria, en una fecha que no precisó en el juicio, pues en la asesoría fiscal no sabían cómo imputar los distintos conceptos para confeccionar la declaración de la renta y el Sr. Paulino le entregó al testigo los papeles en varias bolsas de muchos años (minuto 45:55, grabación 3.^a).

"Finalmente, la directora de banca privada de Bankinter, doña Leocadia que ha participado en todo las reuniones con el actor desde el año 2004 y en concreto, en la comercialización de los bonos objeto de este procedimiento, explicó que el Sr. Paulino siempre iba acompañado del Sr. Marcelino o de alguno de sus hijos, a quienes les informaba de las características del tipo de producto, las reuniones eran bimensuales o mensuales, dependiendo de la evolución de los mercados y eran conocedores de que el capital no estaba garantizado, de hecho en ocasiones se analizó la situación de pérdidas de alguno de los bonos.

"En consecuencia, como el actor venía suscribiendo este tipo de contratos desde el año 2004, conocía la realidad de las pérdidas antes de las amortizaciones de los bonos en las reuniones periódicas que mantenía



con los responsables del Banco, pérdidas que se produjeron en dos de los bonos objeto de este procedimiento y en otros bonos anteriores, en concreto el 3 de octubre de 2006 hizo una operación de bonos estructurados con referencia a determinadas acciones con una inversión de 50.000 euros, que se amortizó el 28 de enero de 2009 recibiendo un poco más del 50% de la inversión y la cantidad recibida de 25.300 euros ese mismo día la invirtió de nuevo en la compra de otros bonos, Bono Eurostoxx 2 Cupón a que se refiere este procedimiento, que se amortizó en noviembre de 2013, recuperando no sólo la inversión del año 2006 sino que además recibió una ganancia de 10.661 euros.

"La misma conclusión nos lleva la declaración prestada en el acto del juicio por los hijos del actor (minutos 36:10 y 42:00), al explicar que lo único que les extrañó fue que no pudieran disponer de efectivo en el año 2014 y no las pérdidas de estas inversiones y de otras anteriores de productos similares, en lo que de nuevo se insiste en distintas ocasiones en el escrito de oposición al recurso de apelación.

"Por tanto, si el actor sufrió algún tipo de error al suscribir estos concretos cuatro bonos estructurados, sería un error inexcusable atendiendo a la gran cantidad de operaciones de este tipo que había suscrito antes del año 2007, a que durante estos siete años siempre iba acompañado de una persona de su confianza que a su vez echaba una mano en la gestoría encargada de confeccionarle la declaración de la renta y el impuesto del patrimonio, que la directora de banca privada se reunía de forma periódica con el actor y las personas de la confianza de su cliente para explicarles los productos que adquirirían y para analizar la marcha de las distintas inversiones realizadas, que en los contratos viene recogido de forma expresa en todos y cada uno de ellos que el capital no estaba garantizado; que se le enviaba al cliente de manera periódica el extracto con el estado de las distintas operaciones; ni al actor ni a su entorno les extrañó la pérdida sufrida por la compra de estos bonos ni de los anteriores que también tuvieron pérdidas, lo que les sorprendió fue no poder disponer de efectivo en el año 2014, es decir, transcurrido más de un año desde el último bono amortizado con pérdidas; y si a pesar de ello el actor prestó su consentimiento viciado por error, este error entendemos que sería inexcusable y, en consecuencia, no puede fundar la nulidad de los contratos por vicio en el consentimiento, lo que nos lleva a estimar el recurso de apelación".

Recorre en casación la parte demandante, Don Paulino, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC por ser la cuantía del procedimiento inferior a los 600.000 euros.

El escrito de interposición del recurso de casación se articula en cuatro motivos de casación.

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1261, 1258, 1265, 1266, 1269, 1300, 1301 y 1303 CC en relación con los arts. 78 Y 79 Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la Ley 47/2007 y art. 79 bis Ley del Mercado de Valores; art. 5 del anexo del RD 629/1993 y 62, 64, del RD 217/2008, alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de 12 de enero de 2015, n.º 769/2014, rec. 2290/2012; 10 de septiembre de 2014, n.º 460/2.014; de 20-4-2017, n.º 244/2017, rec. 2721/2013; de 13-1-2017, n.º 11/2017, rec. 2001/2013; n.º 102/2016, de 25 de febrero; n.º 603/2016 de 6 octubre; de 2 de febrero de 2017, n.º 67/2017; núm. 11/2017, de 13 de enero; n.º 633/2015, de 13 de noviembre y de 22 de octubre de 2015, por no tener en cuenta la sentencia recurrida la existencia de error excusable, invalidante del consentimiento por falta de información suficiente del banco y con la suficiente antelación, sobre el contenido, riesgos del contrato. Más en concreto, a lo largo del motivo señala la parte recurrente la falta de información veraz, suficiente, clara y con la suficiente antelación sobre la naturaleza y riesgos de aquello que firmaba, máxime dada su situación de inhabilidad como consecuencia de su minusvalía y analfabetismo. Añade que no es suficiente con la simple lectura del contenido de los contratos ni las explicaciones posteriores sobre la evolución de los contratos, que el hecho de que se hubieran contratado anteriormente otros productos similares no conlleva que existiera una experiencia inversora en productos financieros complejos y que la tenencia de un patrimonio importante tampoco determina la exclusión de un posible error. Igualmente indica que si bien el demandante iba acompañado de D. Marcelino, este último tampoco tenía estudios superiores, era un simple maestro tornero y carecía de conocimientos financieros de ningún tipo, como dijo su hija en Sala, no tenía ni móvil y, sólo acompañaba al actor para que no fuera solo, por amistad, pero nunca porque tuviera especial preparación a tal efecto. Alega que la sentencia de la Audiencia Provincial enlaza esto con el hecho de que su hija era asesora fiscal y, que necesariamente debían hablar entre ellos y, contarse las cosas, presuponiendo en base a ningún fundamento sólido que la hija lo orientaría, al ser asesora fiscal, aspectos que no excluyen el carácter excusable del error, pues no se ha acreditado en modo alguno, ni que el Sr. Marcelino, fuera experto en la contratación de productos financieros complejos, ni tampoco su hija, máxime cuando ésta no intervino en la contratación de ningún producto.

En el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos. 79 de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores, en su redacción anterior a la Ley 47/2007, artículo 78 bis), apartados 6 y 7 del artículo 79 bis) de la Ley del Mercado de Valores, en relación con los artículos 61, 72, 73 y 74 del RD 217/08 de 15



de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y artículo 4 del anexo del RD 629/1993, alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tales efectos cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 20 de enero de 2014, n.º 840/2.013, recurso 879/2.012; y de 16 de noviembre de 2016, n.º 677/2016, rec. 811/2014, al pasar por alto la sentencia recurrida el incumplimiento por parte del Banco de las obligaciones de indagación y clasificación del cliente, así como la realización del test de idoneidad y test de conveniencia impuestos por dicha normativa, máxime habida cuenta la minusvalía visual del demandante y su condición de analfabeto.

En el motivo tercero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1261, 1258, 1265, 1266, 1269, 1300, 1301 y 1303 CC en relación con los arts. 78 Y 79 LMV en su redacción anterior a la Ley 47/2007 y ART. 79 BIS LMV; arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993 y 62, 64, 72 y 73 del RD 217/2008, Arts. 8,b Y 10 de la LGDCU, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin cita como opuestas a la recurrida la sentencia de 12 de enero de 2015, n.º 769/2014, rec. 2290/2012; la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 10 de septiembre de 2.014, n.º 460/2.014; la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 20-4-2017, n.º 244/2017, rec. 2721/2013; la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 13-1-2017, n.º 11/2017, rec. 2001/2013; la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 102/2016, de 25 de febrero; la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 603/2016, de 6 octubre; la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 2 de febrero de 2.017, n.º 67/2017; la sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 11/2017, de 13 de enero; la sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 633/2015, de 13 de noviembre; la sentencia 4549/2015, de 22 de octubre; la sentencia 450/2016, de 1 de junio, y la sentencia 366/2017, de 8 junio.

Alega la parte recurrente que se produce error en el consentimiento respecto de los dos contratos de crédito suscritos en tanto que las mentadas pólizas deben considerarse un producto financiero complejo al incluir los créditos y una cláusula adicional para el establecimiento de una prenda sobre los propios fondos del cliente que excedían sobradamente, y sin explicación alguna, el importe a garantizar y por estar vinculados con swaps del mismo importe (1.450.000 euros). Añade que se dan las mismas circunstancias que en los bonos y, también hubo error excusable, porque no hubo información por parte del banco, veraz, clara y con la suficiente antelación a la firma de los contratos. No es suficiente la simple lectura de los contratos, el actor no tiene formación financiera (pese a su fortuna por ser ganador de un premio de lotería), es analfabeto, nunca se le explicaron estos productos en el pasado y, no fue asesorado por ningún experto en temas financieros.

Por último, en el motivo cuarto, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 6.3 del Código Civil en relación con el artículo 5 del Anexo del RD 629/2006 y los artículos 62, 64, 72 y 74 del RD 217/2008, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando como opuesta a la recurrida la sentencia 878/2008, de fecha 10 de octubre de 2008, dictada en pleno.

Argumenta la parte recurrente que la infracción de normas administrativas reguladoras del mercado de valores de obligado cumplimiento debe conllevar, conforme a la jurisprudencia reseñada en el presente motivo, la declaración de nulidad de pleno derecho los productos financieros reseñados en nuestro escrito de demanda.

SEGUNDO.- Causas de inadmisibilidad rechazables.

Se desestiman las causas de inadmisibilidad:

1. No se citan preceptos heterogéneos, dado que los preceptos propios de la nulidad se ponen en relación con los de la Ley de Mercado de Valores, en cuanto el pretendido incumplimiento de las obligaciones de información son el antecedente y causa del vicio del consentimiento.
2. No se efectúa una nueva valoración de la prueba, sino que de los mismos hechos se obtienen consecuencias jurídicas diversas.
3. La precisión, claridad expositiva y análisis del interés casacional, son altamente ilustrativas.
4. En el primer motivo no se contienen submotivos, sino sucesivos párrafos numerados basados en la misma cuestión jurídica, que permiten un análisis sucesivo de la argumentación.

TERCERO.- Motivo primero.

Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 1261, 1258, 1265, 1269, 1300, 1301 y 1303 CC en relación con los arts. 78 y 79 Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la Ley 47/2007 y art. 79 bis Ley del Mercado de Valores; art. 5 del anexo del RD 629/1993 y 62, 64, del RD 217/2008 por no tener en cuenta la sentencia recurrida la existencia de error excusable, invalidante del consentimiento por falta de información suficiente del banco y con la insuficiente antelación, sobre el contenido, riesgos del contrato, oponiéndose a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.



Se estima el motivo, con respecto a los bonos.

1.- En el presente procedimiento consta que el demandante padece una minusvalía del 88% que afecta a la visión y parcialmente al oído, a lo que debe añadirse que no sabía leer ni escribir.

2.- En la contratación de todos los productos fue acompañado de un amigo (fallecido), que la demandante dice que era maestro tornero y la demandada funcionario del Servicio Andaluz de Salud, "en la parte de administración del hospital".

3.- No constan test de idoneidad o conveniencia.

4.- Los bonos eran productos financieros complejos.

5.- Esta Sala debe declarar que el demandante carecía de formación financiera, que tampoco consta que pudiera aportarle su amigo y acompañante que era quien leía las órdenes de compra.

El contenido de la documentación y el aviso genérico sobre riesgos no resulta suficiente (sentencia 195/2016, de 9 de marzo).

6.- El amplio patrimonio adquirido, por obtención de un premio de lotería, no exoneraba al banco del cumplimiento de sus obligaciones informativas, dado que no se trataba de un cliente experto.

7.- Que el Sr. Marcelino , amigo que acompañaba al demandante, tuviese una hija asesora fiscal, que en ocasiones le acompañaba, no añade un plus en la obtención de información, dado que no consta que fuese experta financiera (sentencia 11/2017, de 13 de enero).

CUARTO.- *Motivo segundo.*

Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 79 de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores, en relación con los arts. 61, 72, 73 y 74 del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y art. 4 del anexo del RD 629/1993, al pasar por alto la sentencia recurrida el incumplimiento por parte del Banco de las obligaciones de indagación y clasificación del cliente, así como la realización del test de idoneidad y test de conveniencia impuestos por dicha normativa, lo que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sentencia de pleno 840/2013 de 20 de enero de 2014, recurso 879/2012 y sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, recurso 811/2014.

Se estima el motivo.

1.- Consta que el primero de los productos cuya nulidad se pretende se regía por lo dispuesto por el RD 629/1993 de 3 de mayo, mientras que el resto de los bonos se sujetaban al dictado de los arts. 78 bis y 79 de la Ley de Mercado de Valores, en la versión vigente a la fecha de la contratación de los referidos bonos.

2.- Aún con la vigencia del RD 629/1993, los bancos estaban obligados a extremar la información ofrecida, asegurándose de que era un producto que reuniese las características que pudieran acompañarse con el perfil del cliente.

3.- La omisión de los test hacen presumir la falta de conocimiento suficiente del cliente (sentencia 840/2013, de 20 de enero).

4.- La inexistencia de test no quedó compensada con el conocimiento que el cliente pudiera tener de los productos contratados, dada la minusvalía padecida y la nula formación de su acompañante en el mercado financiero complejo, unido especialmente a que el demandante no sabía leer ni escribir.

5.- En la documentación acompañada, que se refleja en la sentencia de la Audiencia Provincial, se califica al cliente, según los casos, de forma contradictoria, a saber, determinando que las carteras contratadas tenían, según el bono, un nivel "moderado", "conservador" o "agresivo".

6.- Al final de alguna de la órdenes de compra se incluía, de forma estereotipada, un sucedáneo de test, con dos preguntas como máximo, en otro ni eso, y al folio 179 consta una cláusula sobre experiencia financiera, claramente preredactada por el banco.

QUINTO.- *Motivo tercero.*

Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 1261, 1258, 1265, 1266, 1269, 1300, 1301 y 1303 CC en relación con los arts. 78 y 79 Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la Ley 47/2007 y art. 79 bis Ley del Mercado de Valores; arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993 y 62, 64, 72 y 73 del RD 217/2008, arts. 8.b y 10 de la LGDCU y otras leyes complementarias por existencia de error excusable, invalidante del consentimiento por falta de información suficiente del banco y con la suficiente antelación, sobre el contenido, riesgos de los contratos de créditos con cláusulas de pignoración que excede sobradamente la cantidad a garantizar y están asociados a derivados financieros (contrato financiero complejo



en su conjunto) e infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: Sala 1.ª, sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, recurso 2290/2012; 460/2014, de 10 de septiembre; 244/2017, de 20 de abril, recurso 2721/2013; sentencia 11/2017, de 13 de enero, recurso 2001/2013; sentencia 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 67/2017, de 2 de febrero; 11/2017, de 13 de enero; 633/2015, de 13 de noviembre, y 4549/2014, de 22 de octubre.

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente la nulidad de las pólizas de crédito contratadas, para la obtención de dinero con el que formalizar compra de inmuebles.

Se articula por el recurrente, considerando las pólizas de crédito como productos complejos, al ir garantizadas por una prenda, sobre activos que el recurrente tenía en el banco y con una permuta financiera o *swap*.

Entiende el recurrente que el banco le aconsejó la contratación de dicho producto cuando disponía de efectivo y pudo haber opciones más interesantes como un préstamo hipotecario, dado que el dinero se destinaría a la compra de una vivienda (folio 3 de la demanda).

Esta sala debe desestimar el motivo dado que:

- 1.- Una póliza de crédito no es un producto complejo, sino que es un instrumento financiero habitual y de fácil comprensión.
- 2.- La prenda no constituye más que una garantía del cumplimiento de las obligaciones, cual ocurre con un aval.
- 3.- Es cierto que existió un *swap* anexo a las pólizas de crédito pero, al no interesarse su nulidad, no podemos entender que dificultase el discernimiento sobre el contenido de las pólizas.
- 4.- Una póliza de crédito puede ser un adecuado instrumento financiero para adquirir bienes cuya reventa se pretende en breve plazo. Por el contrario un préstamo hipotecario conlleva gastos notariales, registrales y tributarios elevados, al tiempo que grava hipotecariamente el inmueble.

Por todo ello, se desestima, con respecto a las pólizas de crédito la existencia de vicio en el consentimiento (arts. 1261 y 1266 del C. Civil) al no constar un error excusable en el demandante, por lo que se rechaza la nulidad de las referidas pólizas.

SEXTO.- *Motivo cuarto.*

Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 6.3 del Código Civil en relación con el art. 5 del anexo del RD 629/2006 y los arts. 62, 64, 72 y 74 del RD 217/2008 y, por contradicción a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, representada por la sentencia 878/2008, de fecha 10 de octubre, dictada en pleno.

Se desestima el motivo.

Concurre causa de inadmisión en este motivo, dado que se invoca por primera vez el art. 6.3 del C. Civil, como causa de nulidad radical, razón por la que igualmente debe desestimarse el motivo, al no poder plantearse cuestiones nuevas que no hayan sido objeto de debate previo.

Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones: "la imposibilidad de plantear en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (SSTS 28 de mayo de 2004, RC n.º 2171/1998; 21 de julio de 2008, RC n.º 3705/2001 y 3 de diciembre de 2009, RC n.º 2236/2005). Por esta razón, no es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, RC n.º 1273/1995; 1 de febrero de 2000, RC n.º 1400/1995; 10 de julio de 1996, RC n.º 3108/1992; 27 de septiembre de 2000, RC n.º 2908/1995; 27 de febrero de 2007, RC n.º 287/2000; 24 de enero de 2008, RC n.º 5149/2000 y 14 de marzo de 2011, RC n.º 2114/2007 y 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008)".

SÉPTIMO.- En conclusión se casa parcialmente la sentencia recurrida, manteniendo la nulidad de las órdenes de compra de los bonos recogidos en el fallo de la sentencia de 15 de noviembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Granada (PO 197/2016), por los argumentos en ella expuestos, pero dejando sin efecto la nulidad de las pólizas de crédito, cuya validez se declara expresamente.

Tal y como se refleja en la sentencia del juzgado se condena a la demandada a abonar al actor las cantidades entregadas desde la contratación de dichos bonos y hasta la fecha de su vigencia, descontadas las cantidades cobradas por el demandante en virtud de dichos productos, más los intereses legales, por ambas partes.

OCTAVO.- No procede imposición de costas del recurso de casación al recurrente al estimarse parcialmente el mismo, devuélvase el depósito constituido a dichos efectos al recurrente.



No se efectúa expresa imposición de costas en la primera instancia.

No se efectúa expresa imposición de costas en la segunda instancia.

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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Paulino , contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2017, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada (apelación 122/2017).

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida, manteniendo la nulidad de las órdenes de compra de los bonos recogidos en el fallo de la sentencia de 15 de noviembre de 2016 del juzgado de primera instancia núm. 8 de Granada (PO 197/2016), y dejando sin efecto la nulidad de las pólizas de crédito, cuya validez se declara expresamente.

3.º- Se condena a la demandada a abonar al actor las cantidades entregadas desde la contratación de dichos bonos y hasta la fecha de su vigencia, descontadas las cantidades cobradas por el demandante en virtud de dichos productos, mas los intereses legales, por ambas partes.

4.º- No procede imposición de costas del recurso de casación, devuélvase al recurrente el depósito constituido para recurrir.

No se efectúa expresa imposición de costas en la primera instancia.

No se efectúa expresa imposición de costas en la segunda instancia.

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

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

Así se acuerda y firma.