



Roj: **STS 2637/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2637**

Id Cendoj: **28079110012018100416**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2018**

Nº de Recurso: **3541/2015**

Nº de Resolución: **423/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CR 907/2015,**  
**STS 2637/2018,**  
**AATS 9011/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 423/2018**

Fecha de sentencia: 04/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3541/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL. SECCIÓN 2.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3541/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 423/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ciudad Real. El recurso fue interpuesto por Josefina y Jose Ignacio, representados por la procuradora María Bonmatí Fernández Bravo y bajo la dirección letrada de Ramón Carrillo de Albornoz Marcos. Es parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de Pedro Javier Messeguer Santamaría.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora María Bonmatí Fernández-Bravo, en nombre y representación de Josefina y Jose Ignacio, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ciudad Real, contra la entidad Bankinter, S.A. para que se dictase sentencia:

«en la que se declare la nulidad del contrato aportado como documento nº 02 por el que se ordena la contratación de Bonos Express, condenando a la Sociedad demandada a que abone a los demandantes la suma de 33.705 €, junto con los siguientes intereses legales:

»Los devengados por la cantidad de 50.000 €, desde el día 19 de julio de 2007, hasta el día 27 de junio de 2012.

»Los devengados por la cantidad de 33.705 €, desde el día 28 de junio de 2012, hasta su efectivo pago.

»Y con expresa condena en costas a la parte demandada».

2. El procurador Juan Villalón Caballero, en representación de la entidad Bankinter S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que, bien por estimación de las excepciones procesales, bien por estimación de las materiales, desestime íntegramente la demanda formulada, con expresa imposición de las costas a los demandantes, y con expresa declaración de temeridad de éstos».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ciudad Real dictó sentencia con fecha 23 de enero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimo íntegramente la demanda formulada por la procuradora de los Tribunales Doña María Bonmatí Fernández-Bravo, en nombre y representación de Don Jose Ignacio y de Doña Josefina, contra "Bankinter".

»Condeno a la parte demandante al pago de las costas procesales causadas en la presente instancia».

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Jose Ignacio y Josefina.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ciudad Real mediante sentencia de 24 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.<sup>a</sup> María Bonmatí Fernández-Bravo en nombre y representación de D. Jose Ignacio y D.<sup>a</sup> Josefina contra la sentencia dictada el 23/01/2015 la cual ha de ser confirmada si bien sobre la base de los argumentos que se contienen en la presente resolución, condenando al recurrente a las costas de la apelación».

### TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora María Bonmatí Fernández-Bravo, en representación de Josefina y Jose Ignacio, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Se alega caducidad de la acción.

»2º) Infracción del art. 10 LEC.

»3º) Infracción del art. 218 LEC.



- »4º) Infracción del art. 397, en relación con el art. 394.2 LEC .
- »5º) Infracción del art. 79 LMV.
- »6º) Infracción de los arts. 1261 , 1262 , 1265 y 1266 del CC en relación con el art. 6.3 del mismo texto legal .
- »7º) Se alega la existencia de diferentes sentencias de Audiencias Provinciales».

2. Por diligencia de ordenación de 24 de noviembre de 2015, la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Josefina y Jose Ignacio , representados por la procuradora María Bonmatí Fernández Bravo; y como parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

4. Esta sala dictó auto de fecha 28 de febrero de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Ignacio y D.ª Josefina contra la sentencia dictada con fecha 24 de septiembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, en el recurso de apelación n.º 123/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 310/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ciudad Real».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankinter S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 19 de julio de 2007, Jose Ignacio y Josefina concertaron con Bankinter la adquisición un producto financiero estructurado, denominado bonos express, por un importe nominal de 50.000 euros. El emisor de los bonos era BNP Paribas. La rentabilidad de los bonos estaba referenciada a la cotización de las acciones de Enel y Banco Santander. A su vencimiento, el 24 de julio de 2012, los clientes recibieron 16.295 euros.

2. Jose Ignacio y Josefina interpusieron la demanda que dio inicio al presente procedimiento, dirigida contra Bankinter, en la que pedían la nulidad de la adquisición de los bonos express, por error vicio en el consentimiento, como consecuencia del incumplimiento por parte de Bankinter de los deberes de información en la comercialización de productos financieros complejos. Como consecuencia de la nulidad, los demandantes pedían la restitución de 33.705 euros, que es la diferencia entre la cantidad inicialmente invertida (50.000 euros) y la que recuperaron al tiempo del vencimiento del contrato (16.295 euros), más los intereses devengados por la suma de 50.000 euros desde el 19 de julio de 2007 al 27 de junio de 2012; y los devengados por la suma de 33.705 euros desde el 28 de junio de 2012.

El banco excepcionó la caducidad de la acción, porque cuando se presentó la demanda habían transcurrido más de cuatro años desde la adquisición de los bonos. También excepcionó la falta de legitimación pasiva de Bankinter porque actuó como mero comisionista que ejecutó la orden de compra dada por sus clientes, de forma que la legitimación pasiva para la acción de nulidad debía corresponder al emisor de los bonos. Y, en todo caso, negó que concurriera causa de nulidad, pues se informó a los demandantes sobre los riesgos de pérdida total o parcial de la inversión.

3. El juzgado de primera instancia apreció la excepción de caducidad de la acción y desestimó la demanda.

Esta sentencia fue recurrida en apelación. La Audiencia entendió que la acción no estaba caducada, porque el plazo de cuatro años del art. 1301 CC debía computarse desde la consumación del contrato, que ocurrió al tiempo de su vencimiento, en junio de 2012. Pero estimó la excepción de falta de legitimación activa respecto de la acción de nulidad, porque Bankinter había intervenido como mero agente comisionista:

«Pues bien, sentado lo anterior debemos dar la razón a la demandada cuando viene invocando su falta de legitimación pasiva "ad causam" y ello porque la legitimación sustantiva ad causam, hoy regulada en el art. 10 de la L.E.Civil , exige, como así resulta de su propio tenor literal, que aquel frente a quien se dirige la acción, sea el titular de la relación jurídico material objeto del mismo por ser quien ha recibido la aportación de la inversión y



por ello la directamente obligada al reintegro de las prestaciones en el supuesto de ser estimada la misma, y en este caso la intervención de la demandada en el contrato de compra de bonos de que se predica la nulidad fue la de agente comisionista y comercializadora del producto, emitido por otra entidad, y esa condición de agente comercializador y/ comisionista, no le convierte sin más en parte del contrato de compraventa de los Bonos, con independencia y al margen de que si le pueda ser exigida la responsabilidad correspondiente al contrato de gestión individualizada de inversión con asesoramiento previo, que no se ejercita en este caso. Entenderlo de otro modo y se estimarse la demanda, se vería en la tesitura de reintegrar a los demandantes en el importe de su inversión, en concreto con la parte que no recuperaron a la venta de los bonos, a pesar de no haber sido "Bankinter" la destinataria de la inversión inicial y no guardando relación alguna con la entidad emisora de los bonos, "BNP Paribas", a diferencia de lo que suele suceder en los casos tan frecuentes en la práctica forense en los que se solicita la declaración de nulidad de acciones preferentes y/u obligaciones subordinadas».

De tal forma que la sentencia de apelación desestimó el recurso de apelación y confirmó la desestimación de la demanda.

### **SEGUNDO.** *Inadmisión de parte de los motivos de casación*

1. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por los demandantes, sobre la base de siete motivos.

En realidad, propiamente, son seis motivos, ya que el séptimo no lo es, pues se limita reseñar la existencia de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales, lo que podría tener sentido para justificar el interés casacional, pero en ningún caso constituye un motivo de casación.

2. De los seis primeros motivos, debemos inadmitir los motivos primero, tercero y cuarto.

El motivo primero porque está mal formulado, ya que no refiere expresamente que se haya infringido precepto legal alguno, y se limita a reseñar cual es la jurisprudencia sobre la caducidad de la acción; y porque, aunque se hubiera reseñado la infracción del art. 1301 CC , relativo a la caducidad de la acción de nulidad, sería improcedente ya que la sentencia recurrida expresamente manifestó que la acción no había caducado.

Inadmitimos el motivo tercero, que denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida y la infracción del art. 218 LEC , porque esta cuestión procesal es ajena a la casación. Debía, en su caso, haberse interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal.

Del mismo modo inadmitimos el motivo cuarto, que se funda en la infracción del art. 397 LEC , en relación con el art. 394.2 LEC , y denuncia la indebida condena en costas en el recurso de apelación, porque es constante la jurisprudencia de esta sala que excluye su revisión en el recurso de casación.

3. De tal forma que analizaremos el motivo segundo, que se refiere a la falta de legitimación pasiva del banco demandado, razón por la que la Audiencia confirmó la desestimación de la demanda; y los motivos quinto y sexto que se refieren a la infracción de los deberes de información en la normativa pre-MiFID y las normas sobre nulidad por error vicio.

### **TERCERO.** *Motivo segundo de casación: legitimación pasiva*

1. *Formulación del motivo segundo* . El motivo denuncia la infracción del art. 10 LEC . En el desarrollo del motivo argumenta que la demanda pretende la nulidad de la adquisición de los bonos express, y que de esta relación jurídica eran parte Bankinter, que comercializó los bonos, y los demandantes que los adquirieron. Los demandantes sólo tuvieron relación con Bankinter y no con BNP Paribas.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo segundo* . Constituye una jurisprudencia de esta sala que, en casos como el presente, la entidad bancaria que comercializa un producto de inversión emitido por una tercera entidad goza de legitimación pasiva para la acción de nulidad por error vicio instada por los adquirentes del producto ( sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; 625/2016, de 24 de octubre ; 718/2016, de 1 de diciembre ; 477/2017, de 20 de julio ; y 71/2018, de 13 de febrero ). La sentencia 71/2018, de 13 de febrero , compendia las razones que justifican la legitimación pasiva:

«Cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unas participaciones preferentes de un banco islandés) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor



o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

»De no considerarse así, se privaría en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto».

La estimación del motivo conlleva que, sin necesidad de analizar los otros dos motivos admitidos, dejemos sin efecto la sentencia recurrida y asumamos la instancia.

#### **CUARTO. Sobre el cumplimiento de los deberes de información y el error vicio**

**1. Deberes de información .** Los bonos express comercializados por Bankinter, en cuanto producto financiero estructurado, tienen la consideración de producto financiero complejo. La adquisición se hizo el 19 de julio de 2007, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 559/2015, de 27 de octubre , y 97/2018, de 26 de febrero ].

**2.** La orden de contratación de los bonos está escrita en términos claros y comprensibles. Contiene la información financiera esencial e incluye un análisis de los escenarios que podrían darse en función de la fluctuación de los valores subyacentes. Y al final, justo antes de la firma de los adquirentes, aparece un aviso en letra mayúscula y negrita, que advierte del riesgo de la operación:

#### **«AVISO IMPORTANTE SOBRE EL RIESGO DE LA OPERACIÓN.**

**»EL PRODUCTO QUE SE CONTRATA ES UN PRODUCTO FINANCIERO DE RIESGO ELEVADO, QUE PUEDE GENERAR BENEFICIOS PERO TAMBIÉN PERDIDAS.**

**»EL CLIENTE MANIFIESTA QUE ES CONSCIENTE QUE EN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS PODRÍA PERDER HASTA EL 100% DEL IMPORTE NOMINAL DE INVERSIÓN SIEMPRE PENDIENDO DE LA FIJACIÓN DEL PRECIO INICIAL Y FINAL DEL SUBYACENTE».**

El banco aportó con su contestación a la demanda unos e-mails en los que justifica que los demandantes fueron atendidos por el empleado de Bankinter Isaac , quien afirma que informó a los clientes de cómo funcionaba este producto y de los riesgos. En la negociación también intervino otro empleado de Bankinter, Leovigildo (ff. 118- 126).

Las declaraciones testificales del Sr. Isaac y del Sr. Leovigildo son muy claras al explicar cómo se desarrolló el proceso de contratación: Jose Ignacio tenía una oferta de Banco Santander de un producto financiero, valores convertibles; se puso en contacto con el Sr. Isaac porque estaba interesado en un producto de alta rentabilidad; el Sr. Isaac le informó que tenían un producto financiero, los bonos express, que podía interesarle; tuvieron una primera reunión en la oficina de Bankinter, en la que el Sr. Isaac le dio la ficha sintética del producto, que es la que consta aportada con la contestación a la demanda; concretaron una segunda reunión en la que estuvo presente el Sr. Leovigildo , que fue quien, como experto en banca privada, informó al cliente cómo funcionaba los bonos express y sus riesgos; la reunión duró cerca de una hora y en ella se le explicaron los riesgos del producto; unos días después se firmó la orden de compra, en la que se resalta el aviso sobre el riesgo de la operación.

De acuerdo con lo anterior y con la reseñada documentación, debemos concluir que el Sr. Jose Ignacio , antes de la contratación del producto financiero, fue informado de sus características y de sus riesgos, por lo que el banco cumplió con las exigencias de información antes descritas. En consecuencia, no sólo no consta acreditado el error denunciado, sino que a la vista de la prueba reseñada llegamos a la convicción de que el Sr. Jose Ignacio cuando contrató los bonos express buscaba un producto de alta rentabilidad, fue informado de



cómo funcionaba y de sus riesgos, de forma que conocía o estaba en condiciones de haber conocido lo que adquiriría y sus riesgos. Cuestión distinta es que en ese momento no valorara suficientemente estos riesgos, lo cual es ajeno al error vicio.

3. Estamos ante un supuesto en que los clientes, buscando una rentabilidad alta, asumen un riesgo con la contratación de un producto financiero estructurado. La actualización de este riesgo con la pérdida parcial de la inversión, como consecuencia del mal funcionamiento de uno de los valores subyacentes, forma parte de lo convenido, y en concreto del rasgo de aleatoriedad que tenía el producto contratado. El desconocimiento de cómo iban a comportarse los valores subyacentes no puede justificar el error.

En consecuencia, procede confirmar la desestimación de la demanda.

#### **QUINTO.** Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).
2. Desestimado el recurso de apelación, imponemos a los apelantes las costas generadas por su recurso de apelación ( art. 398.1 LEC ).

#### **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 la representación de Jose Ignacio y Josefina contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (sección 2ª) de 24 de septiembre de 2015 (rollo núm. 123/2015 ), sin hacer expresa condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Jose Ignacio y Josefina contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ciudad Real de 23 de enero de 2015 (juicio ordinario 310/2014), e imponer las costas del recurso a los apelantes.

Líbrese a la 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.