



Roj: **STS 1295/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1295**

Id Cendoj: **28079110012017100206**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **728/2015**

Nº de Resolución: **205/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP ZA 367/2014,**
STS 1295/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 224/2014, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zamora, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 23/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zamora; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Geronimo, representado por el procurador D. José Manuel López Carbajo, bajo la dirección letrada de D. Antonio del Castillo Alonso, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria,(CEISS) S.A.U. representada por el procurador D. Francisco Abajo Abril.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Geronimo, representado por el procurador D. José Manuel López Carbajo y asistido del letrado D. Antonio del Castillo Alonso, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco CEISS S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Mediante la cual, estimando íntegramente la presente demanda, acuerde:

1) La nulidad del contrato de preferentes de fecha 3 de julio de 2009 (doc. núm. uno), suscritos entre la demandada antigua Caja Duero, hoy Banco Ceiss S.A., y mi representada por falta de consentimiento y nulidad que ha de ser total y absoluta, y en su caso anulabilidad de dichos contratos y condene a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 26.000 euros más intereses legales, con el reembolso en su caso de las cantidades cobradas en concepto de intereses por dichas personas. Y las costas del procedimiento.

2) Subsidiariamente, la acción resolutoria basada en el incumplimiento del deber de información por parte de la entidad bancaria e incumplimiento por la conversión en bonos de las participaciones preferentes sin permiso ni consentimiento del actor. Y en su virtud, se condene a la entidad Banco Ceiss S.A. a la resolución del contrato de 3 de julio de 2009, a estar y pasar por las anteriores declaraciones. A pagar a mi representado la suma de 26.000 euros más los intereses correspondientes, y con aplicación de lo dispuesto en el art. 576 LEC, respecto a los intereses legales. Pago de las costas del juicio a Banco Ceiss S.A.

Por ser justicia que se pide...».



2.- El demandado Banco de Caja España contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Francisco Robledo Naváis y bajo la dirección letrada de Dña. Beatriz Rúa Peláez, 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, se absuelva a mi representada de la totalidad de las pretensiones deducidas en la misma, con expresa condena en costas a la parte actora».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zamora se dictó sentencia, con fecha 19 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. López Carbajo, en nombre y representación de D. Geronimo , absuelvo a la parte demandada, sin imposición de costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Primera y Única de la Audiencia Provincial de Zamora dictó sentencia, con fecha 30 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Geronimo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zamora con fecha de 19 de junio de 2014 , que confirmamos en todos sus pronunciamientos, con imposición de las costas a la parte recurrente».

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

Motivo primero.- Oposición de la doctrina seguida por el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida con la de los párrafos 10, 13 de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 , en relación con el error en el consentimiento en la adquisición de productos complejos por inversores minoristas que además reúnen la condición de consumidor.

Motivo segundo.- Contradicción del referido fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, con la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005 que establece la adaptación de la conducta del profesional financiero con la diligencia propia del *bonus argentarius* y establece la inversión de la carga de la prueba.

Motivo tercero.- Oposición del referido fundamento de derecho cuarto sobre la trascendencia de la teoría de la asimetría informativa contenida en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 sobre la comercialización de otros productos financieros complejos.

Motivo cuarto.- Oposición de la referida sentencia a la doctrina sentada por el caso Genil dictado por el TSJUE el 30 de mayo de 2013 y por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 tantas veces citada en relación con el incumplimiento de las obligaciones MIFID, obligatoriedad de la práctica del test de adecuación o idoneidad.

Motivo quinto.- Motivo subsidiario de los anteriores, resolver la sentencia puntos y cuestiones de forma contradictoria, con la doctrina sentada por la misma Audiencia en las sentencias de 12 de junio de 2014 (doc. 2), de 30 de enero de 2014 , así como la doctrina de la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 17 de junio de 2014 .

Motivo sexto.- Oposición de la sentencia impugnada a la doctrina sentada por la sentencia de 17 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Salamanca (doc. 4), sobre la obligatoriedad, requisitos y consecuencias de la omisión o defectos en la práctica del test de idoneidad y de conveniencia.

Motivo séptimo.- Incumplimiento del contrato, con efectos resolutivos o subsidiariamente indemnizatorios, motivo que se plantea como subsidiario a la apreciación de nulidad o anulabilidad del contrato.

Motivo octavo.- Infracción del párrafo 2.º del art. 9.2, en relación con el 14 de la Constitución .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 14 de diciembre de 2016 , se acordó admitir el recurso de casación 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 el procurador D. Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, SAU, 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 14 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Geronimo , hoy recurrente, interpuso una demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Ceiss, S.A., en la que solicitaba la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes (entiéndase subordinadas, emitidas por la entonces Caja Duero) de 3 de julio de 2009 por falta de consentimiento y, subsidiariamente, de anulabilidad por error vicio en el consentimiento; subsidiariamente, resolución por incumplimiento.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró que no puede deducirse la existencia de una labor de asesoramiento, ya que fue el demandante el que acudió a la entidad con la finalidad de invertir cierta cantidad de dinero; que no era preciso el test de idoneidad, bastando con el test de conveniencia, y se entregó al demandante un resumen de las condiciones de las obligaciones subordinadas, resaltando en negrita, en un apartado, los factores de riesgo. Además ha contratado otros productos de inversión (fondos de inversión, cédulas hipotecarias).

El demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial por sentencia de 30 de diciembre de 2014 .

La Audiencia comparte las conclusiones alcanzadas respecto del cumplimiento del deber de información por parte de la entidad demandada y sus consecuencias. Indica que el demandado era un cliente minorista; que la necesidad del test de idoneidad o del test de conveniencia deriva del hecho de si la entidad presta servicios de asesoramiento, entendiendo por tales recomendaciones personalizadas, de forma puntual o continuada, sobre productos financieros que se ajustan a los objetivos de inversión del cliente y su situación financiera o si la entidad lleva a cabo la comercialización de productos financieros, ofreciendo sólo aquellos que considera adecuados. En el primero de los casos debe realizarse el test de idoneidad y en el segundo el de conveniencia, que es el que se practicó. En este caso la documentación, que la entidad bancaria ha acreditado que entregó al cliente, permitía conocer las características del producto y sus riesgos y no concurren circunstancias que permitan concluir falta de consentimiento por parte del demandante. No se ha practicado prueba alguna en relación con dichas características y circunstancias, no pudiendo concluir que se trate de una persona afectada por circunstancia alguna que pueda afectar a su capacidad de comprensión en relación con los riesgos que implicaba la contratación que estaba realizando.

Contra la anterior sentencia el demandado-apelante ha interpuesto recurso de casación en la modalidad de interés casacional.

El recurso contiene ocho motivos.

Primero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la adquisición de productos complejos por inversores minoristas que además reúnen la condición de consumidores, STS de 20 de enero de 2014 .

Segundo.- Contradicción con la STS de 14 de noviembre de 2005 , sobre la adaptación de la conducta del profesional financiero a la diligencia de un ordenado empresario, y sobre la carga.

Tercero.- Oposición a la teoría de la asimetría informativa contenida en la STS de 20 de enero de 2014 sobre la comercialización de productos financieros complejos.

Cuarto.- Oposición a la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil, y a la STS de 20 de enero de 2014 , en relación con la necesidad de practicar el test de idoneidad.

Quinto.- Subsidiariamente, contradicción con las sentencias de la misma Audiencia de 30 de enero y 12 de junio de 2014 .

Sexto.- Oposición a la doctrina sentada por la Audiencia Provincial de Salamanca sobre la obligatoriedad y consecuencias de la omisión y defectos en la práctica del test de conveniencia y del test de idoneidad.

Séptimo.- Subsidiariamente a la apreciación de nulidad o anulabilidad, incumplimiento del contrato.

Octavo.- Infracción del párrafo segundo del art. 9.2 en relación con el art. 14 de la Constitución .

SEGUNDO .- *Fundamentación jurídica de la sentencia recurrida* .

En la sentencia recurrida se declara lo siguiente en sus FDD primero, segundo y tercero:



»PRIMERO.- Dando por reproducidos los fundamentos jurídicos de la sentencia objeto de recurso, en relación con la normativa aplicable y definición del producto del que tratamos "participaciones subordinadas" y a diferencia de lo resuelto en otros procedimientos anteriores, compartimos las conclusiones alcanzadas en cuanto al cumplimiento del deber de información por parte de la entidad demandada y las consecuencias del mismo en cuanto a la concurrencia de error en el consentimiento y sus consecuencias.

»SEGUNDO.- Partiremos en primer lugar la declaración de que las obligaciones subordinadas son un producto financiero complejo, constituido por valores que incorporan parte de la deuda contraída a largo plazo por la entidad emisora para la obtención de recursos financieros.

»Según señala la Comisión Nacional del Mercado de Valores y se recoge en otras muchas sentencias de las Audiencias de nuestro país, como la de Palencia de 18 de julio de 2014, la de Asturias de 15 de marzo de 2013 o las de Castellón de 15 de mayo y de Madrid, secc. 10.^a, de 31 de marzo de 2014, se trata de un producto en el que "...Sus características pueden variar considerablemente de un emisor a otro, e incluso en distintas emisiones de una misma compañía. Estas diferencias pueden ser la fecha de vencimiento, tipo de interés, periodicidad de los cupones, precios de emisión y amortización, las cláusulas de amortización y otras condiciones de emisión, las opciones de convertibilidad si las hubiera, la prelación de derechos en caso de liquidación, o las garantías ofrecidas, entre otras". Añade que "...En aplicación de las reglas de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes. Este tipo de emisiones las llevan a cabo las entidades de crédito, bancos y cajas, porque les computan como recursos propios al calcular el *ratio* de solvencia exigido por el Banco de España. De lo anterior cabe deducir que la deuda subordinada debe tener una rentabilidad mayor que la deuda simple emitida por la misma entidad y al mismo plazo". Esta conceptualización responde también a la regulación que se lleva a cabo en el artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo (redacción dada por la Ley 13/1992, de 1 de Junio).

»Su denominación hace referencia a que en el caso de una eventual situación de insolvencia de la entidad emisora, en la medida en que la solvencia de la misma es la única garantía con la que cuenta (no por el Fondo de Garantía de Depósitos), los titulares de obligaciones se encuentran relegados a un lugar inferior a los acreedores ordinarios. La negociación de estos valores con anterioridad al vencimiento del plazo predeterminado en las condiciones de la emisión se produce en un mercado secundario, y no en Bolsa, lo que comporta la posibilidad de que, si falta la demanda, su precio de venta se reduce considerablemente lo que puede comportar la pérdida del capital invertido.

»TERCERO.- Como se señala en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón antes citada, a otros productos financieros (participaciones preferentes, swaps) les es aplicable la legislación reguladora del mercado de valores, que rige, entre otros, a los "Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo" (art. 22 LMV).

»Analizando la documentación aportada por la entidad demandada, nos encontramos, que a diferencia de la documentación aportada en otros procedimientos, como el denominado "orden de valores" que lleva fecha 3-7-2009, de características muy similares a las denominadas exactamente igual en el caso de las preferentes y de subordinadas de Caja España que hemos venido analizando en sentencias anteriormente dictadas por esta Sala, aunque constando la denominación del producto que no conlleva confusión alguna, el test de conveniencia MIFID debidamente firmado por el demandante y, siendo ello de especial trascendencia, el documento denominado "condiciones finales. Emisión de obligaciones subordinadas Caja Duero 2009", debidamente firmado por el demandante.

»Como hemos señalado anteriormente al contrato de que tratamos le resulta de aplicación la normativa contenida en el Real Decreto 217/2008, en la que se traspuso la directiva MIFID que regula la información y la valoración de la idoneidad del cliente para la contratación de determinado producto financiero, con la finalidad de asegurarse de que el cliente comprende las características del producto que está contratando y sus riesgos, a través del test de idoneidad o del test de conveniencia. La necesidad de uno u otro viene derivada del hecho de si la entidad presta servicios de asesoramiento, entendiendo por tales recomendaciones personalizadas, de forma puntual o continuada, sobre productos financieros que se ajustan a los objetivos de inversión del cliente y su situación financiera o si la misma lleva a cabo la comercialización de productos financieros, ofreciendo sólo aquellos que considera adecuados. En el primero de los casos debe realizarse el test de idoneidad y en el segundo el de conveniencia, que es el que se llevó a cabo en este caso.

»En realidad, lo que importa es que se haya recabado del cliente la información necesaria al efecto de garantizar que el producto que se pretende contratar es idóneo o conveniente para el cliente concreto de que trate. Para ello el artículo 74 del Real Decreto, antes citado, se refiere a la evaluación de la idoneidad: "A los efectos de lo



dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: 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".

»Partiendo de toda esta reglamentación debemos examinar si ha resultado acreditado que el cliente demandante recibió la información exigida y suficiente, para posteriormente analizar la incidencia en el consentimiento prestado. Para ello debemos tener en cuenta que el demandante es un cliente minorista (artículo 78 de la LMV), que debía disponer de una información completa sobre el producto que contrataba. A estos efectos analizaremos la prueba aportada, comenzando por la documental. A estos efectos debemos señalar que:

»Respecto del test de conveniencia, se trata de un documento, que como en otros casos anteriormente analizados en procedimientos realizados a productos similares, es evidente que ha sido rellenado por el empleado de la entidad y puesto a la firma al demandante.

»La documentación relativa a la emisión de este tipo de participaciones por la entidad demandada, como en otros casos, no es más que documentación elaborada unilateralmente por la misma, pero en la que se determinan las características de las obligaciones subordinadas y fundamentalmente sus riesgos, con toda claridad y precisión, haciendo referencia concretamente a las obligaciones subordinadas y que en este caso aparece firmada por el demandante, declarando haberle sido entregado por la entidad bancaria.

»Como hemos señalado en otras ocasiones en relación con preferentes, los denominados "contratos", no son más que unos documentos que giran bajo la denominación de "orden de valores" en los que se recogen de forma escuetísima el nombre y DNI de las personas titulares, los mismos datos de la persona que da la orden, que se trata de una orden de suscripción de títulos, la cuenta compensadora, la clase y denominación del valor como obligaciones subordinadas Caja Duero 2009, el número de títulos y el importe nominal.

»Mantenemos lo dicho anteriormente sobre el contrato tipo de depósito o administración de valores, que tampoco incorpora información respecto del producto de que tratamos y sobre la prueba testifical, respecto de la cual tenemos reiterado que se trata de prueba practicada a instancia de la entidad demandada y a cargo de sus propios trabajadores y que, por ello y teniendo en cuenta su relación laboral y su implicación en la "colocación" de este tipo de producto, no puede considerarse con el valor suficiente al efecto de declarar probada la concurrencia de la información precisa al efecto de que el consumidor contara con la información suficiente a los efectos de cumplimiento de las exigencias previstas legalmente y determinadas por la jurisprudencia a la que hemos venido haciendo referencia».

TERCERO .- *Motivos del uno al siete, incluidos, del recurso de casación.*

Esta sala debe declarar desestimados los primeros siete motivos del recurso, al incurrir en causa de inadmisibilidad, por no citar en su encabezamiento el precepto infringido, limitándose a invocar la doctrina jurisprudencial relacionada, por lo que se transgrede por el recurrente el art. 477.1 LEC .

En este sentido declara la sentencia 755/2013, de 3 de diciembre :

«Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otras exigencias, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la norma que se pretende infringida y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (en este sentido, sentencias núm. 965/2011 de 28 de diciembre , 957/2011, de 11 enero de 2012 , 185/2012, de 28 de marzo y 557/2012, de 1 de octubre)».

CUARTO .- *Motivo octavo .*

« Motivo octavo.- Infracción del párrafo 2.º del art. 9.2, en relación con el 14 de la Constitución .

» Artículo 9.2 de la Constitución .

»2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

»Se ha asentado este artículo en la interpretación activa del principio de Igualdad contemplado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna .



»Entendemos que otra interpretación rigorista del derecho, que deje sin satisfacción el interés de mi mandante, quien ha invertido sus escasos ahorros (por inducción activa de la Caja) en activos tóxicos y no recibe satisfacción a través de una solución judicial, resulta contrario a este precepto susceptible de acuerdo con el artículo 53 del amparo ante el Tribunal Constitucional. Puesto que otros inversores mayoristas y con mejor información desdeñaron este producto, que fue comercializado en los minoristas (que tenían menos formación y recursos) haciendo caer a las capas más desfavorecidas de la sociedad, que han sacrificado consumo presente, en una situación de ruina que ha hecho inútiles todos sus sacrificios condenándolos en muchos casos como éste a una situación de práctica de indigencia».

Igualmente debe desestimarse el octavo motivo, al no relacionar la pretendida infracción constitucional con lo resuelto en la resolución recurrida.

QUINTO .- *Costas y depósito.*

Se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido par recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Geronimo contra sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, de la apelación núm. 224/2014, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zamora . 2.º- Se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir. 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.