



Roj: **STS 1331/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1331**

Id Cendoj: **28079110012017100209**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2017**

Nº de Recurso: **618/2015**

Nº de Resolución: **219/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 112/2015,**
STS 1331/2017,
AATS 7047/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 4 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 996/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Oviedo; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Marisa , representada ante esta sala por el procurador de los Tribunales don José Ignacio Noriega Arquer; siendo parte recurrida la entidad Banco Caja España de Inversiones Salamanca y Soria, S.A.U, representada por el procurador de los Tribunales don Evencio Conde de Gregorio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1- La representación procesal de doña Marisa , interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria Caja España de Inversiones, C.A.M.P. C.I.F.: G-24219891 y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«...se dicte Sentencia por la que se declare la NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE "PARTICIPACIONES PREFERENTES SERIE I y OBLIGACIONES SUBORDINADAS 08 y 10-FEB", por concurrir las causas para ello explicitadas en el cuerpo de este escrito de demanda (1.300 CC, en conexión con 1.265 y 1.266 CC) y, por tanto, de forma consecuente, se proceda a la entrega por Caja España de la cantidades que se deriven de la nulidad que se solicita (restitución de cantidad derivada de la nulidad), más los intereses legales correspondientes, debiendo ser condenada la demandada al pago de siguientes cantidades:

»A) La que deba ser objeto de restitución, tras declararse la nulidad del contrato, por el valor de los títulos adquiridos por la parte actora y de los que era titular al momento de su canje, y ello en concepto de principal. (140.000?)

»B) El interés legal de la cantidad anterior desde que se detrajo de la cuenta de la parte actora hasta la presentación de la demanda.

»C) La que resulte en concepto de interés legal de las cantidad detallada en el primer apartado, desde la interposición de esta demanda hasta la Sentencia y moratorios desde ésta hasta el pago completo.

»D) Las costas causadas y que se causen en este procedimiento.

»Por su parte, la parte actora deberá entregar a Caja España:

»A) Los títulos adquiridos originariamente o aquellos en que se hubiesen convertido.

»B) Los intereses percibidos por rendimiento de los títulos referidos.

»C) El interés legal de la cantidad citada en el apartado anterior desde que se depositó en la cuenta de la parte actora hasta la presentación de la demanda.

»D) La cantidad que resulte en concepto de interés legal desde la interposición de esta demanda hasta la Sentencia, y moratorio desde ésta hasta su pago.

»Subsidiariamente, se solicita, y declarada previamente la nulidad, se interesa se condene a la demandada a la restitución pura y simple. De la siguiente forma:

»- Restituir el valor de los títulos adquiridos por la parte actora y de los que era titular al momento de su canje, y ello en concepto de principal. (140.000?).

»Debiendo, en tal caso, la actora restituir a Caja España:

»- Los títulos adquiridos originariamente y de los que era titular al momento del canje, o en aquéllos en que se hubiesen convertido tras el citado canje.

»- Los intereses percibidos por rendimiento de los títulos adquiridos o aquello en que se hubiesen convertido.

»Las partes, respecto de las cuantías económicas a entregarse, deberán soportar el interés legal desde la demanda hasta sentencia, y moratorio desde ésta hasta el pago.

»En todo caso, debe condenarse a la demandada al pago de las costas del procedimiento.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte

«...sentencia desestimando la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Blanco González, en nombre y representación de D^a Marisa, contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU, sin hacer imposición en cuanto al pago de las costas procesales.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA. Marisa contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo en los autos de que este rollo dimana confirmamos dicha sentencia en todos sus términos declarando perdido el depósito, al que se dará el destino legal correspondiente, e imponiendo al apelante las costas de esta segunda instancia.»

TERCERO.- El procurador don Ramón Blanco González, en nombre y representación de doña Marisa, interpuso recurso de casación, fundado como motivo único en la infracción de los artículos 1265 y 1266 CC, oponiéndose a la jurisprudencia de esta sala, con cita de las sentencias 460/2014, de 10 septiembre; 315/2009, de 13 mayo; 683/2012, de 21 noviembre; 626/2013, de 29 octubre y 840/2013, de 20 enero, entre otras.

CUARTO.- Por esta sala se dictó auto de fecha 21 de diciembre de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación Banco Ceiss representado por el procurador don Evencio Conde de Gregorio.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 15 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Marisa interpuso demanda en fecha 1 de abril de 2014 contra Caja España de Inversiones Salamanca y Soria S.A.U. en ejercicio de acción de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones



preferentes, serie I y obligaciones subordinadas 08 y 10-FEB, suscritos con la entidad demandada durante los años 2008 y 2009, al haber mediado error en el consentimiento prestado.

Se afirma en la demanda que en mayo de 2013 recibió una carta de la entidad demandada por la que se le informaba que, por imposición del FROB, se operaba una quita de las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes de que era titular. Fue entonces cuando reclamó a la demandada información documental sobre los contratos suscritos y conoció que, efectivamente, había contratado aquellos productos bancarios, como también cédulas hipotecarias y Bonos de Tesorería de Caja España, así como algunos fondos de inversión, cuando siempre entendió que su dinero había estado invertido en productos de ahorro seguros, no siendo nunca informada de los riesgos de todos aquellos que había suscrito. Alega que era titular, junto con su fallecido esposo, de 70.000 euros de subordinadas de la emisión 2008 y de 65.000 euros de la emisión de febrero de 2010, así como de 5.000 euros de participaciones preferentes, siendo así que al contratar tales productos se le dijo que se trataba de productos similares a un plazo fijo, a buen interés, disponible desde el principio y garantizado por la Caja y sin riesgos, cuando realmente son productos sin liquidez inmediata, de diez años de duración las subordinadas y a perpetuidad las preferentes y sin cobertura por el Fondo de Garantía de Depósitos. Denuncia desconocer tales caracteres por no haber sido informada al efecto y por ello reclama la nulidad de los respectivos contratos por error en el consentimiento prestado para suscribirlos.

Se interesaba la referida declaración de nulidad y la condena de la demandada a restituir el valor de los títulos en la cantidad de 140.000 € de principal más el interés legal del dinero desde que dicha cuantía se depositó, todo ello más los intereses y costas, debiendo por su parte los demandantes restituir a la demandada los títulos adquiridos originariamente o aquellos en que se hubiesen convertido, los intereses percibidos como rendimiento de los títulos -incrementados con el interés legal del dinero desde que se depositaron- más intereses de demora desde la interposición de la demanda; o bien, subsidiariamente, la declaración de nulidad y la condena de la demandada a restituir un principal de 140.000€ con obligación de los demandantes de restituir los títulos adquiridos originariamente o aquellos en que se hubiesen convertido más los intereses percibidos como rendimiento de los títulos.

La entidad demandada se opuso a la demanda alegando en primer lugar la caducidad de la acción al haber transcurrido ya más de cuatro años desde la firma de los contratos, entendiéndose que su prestación contractual quedó agotada y cumplimentada con la orden de adquisición de valores y, en segundo lugar, la falta de legitimación activa parcial, por ser la demandante titular únicamente de la mitad de los títulos de subordinadas, recayendo la titularidad de la otra mitad en sus hijos como sucesores de su difunto marido. Sostiene además la demandada que cumplió con su obligación de informar al cliente de todos los riesgos y características de los productos adquiridos. Señala también que el error no sería excusable dado el perfil inversor de la demandante puesto que ha sido titular de acciones con cotización en Bolsa, de varios Fondos de Inversión así como de valores (subordinadas, cédulas hipotecarias y bonos) desde el año 2000. Añade la existencia de actos propios de la demandante reveladores de su aceptación del producto.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda bajo los siguientes presupuestos: a) La acción no está caducada porque los contratos se perfeccionaron en los años 2008, 2009 y 2010, pero no se ha consumado todavía en los términos indicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; b) Se estima la falta de legitimación activa parcial por cuanto la demandante actúa en su nombre e interés propio, lo que no cabe respecto de 35 de los títulos de subordinadas 2008 por no ser de su titularidad desde marzo de 2013 según la propia parte recurrente reconoce; c) Los contratos suscritos son complejos y de riesgo; d) Los documentos informativos de cada emisión de títulos expresan las diferentes condiciones y características de cada emisión en cuanto a los rendimientos a obtener por el cliente, su forma de pago, la duración de cada emisión (diez años las subordinadas y a perpetuidad las preferentes), con expresa alusión en todos los casos a la posibilidad de amortización anticipada a partir del quinto año sólo a instancia de la entidad emisora. Añade que, si bien no se hace referencia a los factores de riesgo, sí se contemplan en los resúmenes de las emisiones. Igualmente en las órdenes de compra de los valores también se enumeran los posibles riesgos de los productos; e) La prueba practicada permite concluir que la entidad bancaria demandada no suministró una información correcta, clara y suficiente de las características reales del producto por lo que inicialmente provocó un error en el consentimiento prestado por el cliente al suscribir dichos productos; f) No existe prueba de que la demandante hubiese dispuesto de documentación alguna informativa sobre los productos bancarios antes de firmar su adquisición; g) Sólo consta aportado un test de conveniencia en relación con la compra de subordinadas de la séptima emisión no existiendo el mismo para el resto de las emisiones adquiridas por la demandante; h) No obstante la demandante tenía una dilatada experiencia inversora al haber contratado durante trece años productos de riesgo como son acciones, cédulas, bonos, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, circunstancias que determinan que la demandante no era ajena a esta forma de inversión existiendo una clara aceptación y asunción de este tipo de inversiones al momento de contratar, razones que excluyen la existencia de error y justifican la desestimación de la demanda.



Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, el cual fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6.ª, de fecha 19 de enero de 2015, que desestimó el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia.

La Audiencia Provincial fundamenta su fallo en los siguientes extremos: a) El test de idoneidad o conveniencia se confeccionó sin intervención real de la demandante y después de haber obtenido su asentimiento; b) El empleado de la entidad bancaria demandada enfatizó la alta rentabilidad de los productos minimizando los riesgos de la inversión hasta el punto que la redujo al supuesto de insolvencia definitiva de la entidad emisora; c) En la fase precontractual la entidad financiera prescindió de su deber de fidelidad para con su cliente; d) La información dada a la apelante al momento de la contratación tampoco cumple las condiciones exigidas por la Ley del Mercado de Valores al no recibir una información objetiva y exacta, imparcial, concisa pero suficiente y que fuera comprensible para cualquier integrante medio del grupo a que va destinada; e) No obstante la parte demandante contrató este tipo de productos -subordinadas y preferentes- por tercera vez, disponiendo de tiempo y medios más que suficientes para conocer los riesgos de aquellas emisiones, no siendo por tanto excusable el error al poder superarse mediante el empleo de una diligencia media.

Recorre en casación la parte demandante doña Marisa .

SEGUNDO.- Se formula un solo motivo en el cual, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional se citan las sentencias de esta sala de fecha 10 de septiembre de 2014, 13 de mayo de 2009, 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013 y 20 de enero de 2014, todas ellas relativas a la incidencia de la falta de información sobre los productos financieros complejos en la apreciación del error en el consentimiento.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe la mentada doctrina por cuanto la información suministrada al cliente no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia al no haberse explicado de forma clara y precisa el funcionamiento del producto así como los riesgos que comportaba, sin que la mera contratación anterior de este tipo de productos determine un conocimiento de los riesgos y características reales de los mismos como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, siendo en cualquier caso excusable el error sufrido. Concluye afirmando que los contratos suscritos estaban viciados desde su inicio al no saber la parte demandante qué es lo que realmente estaba firmando y sus consecuencias.

TERCERO.- La Audiencia Provincial, en su sentencia hoy recurrida, tras admitir que no existió información por parte de la entidad demandada sobre los posibles riesgos del producto que se adquiría, viene a decir lo que sigue:

«en su día suscribió diversos títulos de dos emisiones de participaciones preferentes -series A y B- y también las emisiones de obligaciones subordinadas realizadas en los años 2003 y 2006; es razonable entender que las condiciones de las emisiones anteriores eran similares a las que ahora nos ocupan y por tanto, aun cuando la práctica del mercado no hubiera tenido que alertarle sobre el riesgo de fluctuación del valor o sobre su propia liquidez, debe concluirse que efectivamente en este caso la apelante dispuso de tiempo y medios más que suficientes para conocer los riesgos de aquellas emisiones y por ende también de las que son materia de este pleito. En consecuencia el Tribunal concluye que si al contratar por tercera vez tanto obligaciones subordinadas como participaciones preferentes, la apelante obró con error y fiada exclusivamente en la información verbal sobre las nuevas condiciones de dichas emisiones, tal error no es excusable pues pudo ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe; ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005) ».

Se refiere así la Audiencia una doctrina que resulta aplicable en los supuestos de nulidad por error en el consentimiento prestado cuando se trata de una contratación entre iguales, de modo que a los contratantes se exigen las mismas obligaciones en cuanto a información a la contraria sobre las características del objeto sobre el que se contrata, pero no es esa la posición mantenida por esta sala respecto de los contratos bancarios como los que ahora nos ocupan, sin que se exija desde luego al cliente inversor una conducta activa para procurarse una información completa, que la entidad bancaria ha de suministrarle de forma adecuada siendo siempre imputable a esta última su falta.

Esta sala tiene declarado, entre otras, en sentencia 67/2017, de 2 febrero, que «en cuanto al posible conocimiento previo del producto por parte del cliente, aparte de que se olvida que el deber de información



compete a la entidad financiera y es un deber activo, no de mera disponibilidad, la contratación anterior de otro producto similar, sin que conste que en su momento se ofreciera al cliente información suficiente y adecuada, no permite descartar la existencia de error en el consentimiento».

De ahí que el recurso ha de ser estimado.

CUARTO.- La estimación del recurso determina que se case la sentencia recurrida y esta sala haya de resolver sobre la cuestión litigiosa planteada, declarando -según lo ya razonado- la nulidad por error en el consentimiento de los contratos a que se refiere la demanda respecto de los títulos que corresponden a la demandante, tras el fallecimiento de su esposo, junto con el cual los adquirió de forma conjunta.

En la demanda se solicitaba «se declare la nulidad de los contratos de adquisición de "participaciones preferentes serie i y obligaciones subordinadas 08 y 10-feb", por concurrir las causas para ello explicitadas en el cuerpo de este escrito de demanda (1.300CC, en conexión con 1.265 y 1.266CC) y, por tanto, de forma consecuente, se proceda a la entrega por Caja España de la cantidades que se deriven de la nulidad que se solicita (restitución de cantidad derivada de la nulidad), más los intereses legales correspondientes, debiendo ser condenada la demandada al pago de siguientes cantidades: A) La que deba ser objeto de restitución, tras declararse la nulidad del contrato, por el valor de los títulos adquiridos por la parte actora y de los que era titular al momento de su canje, y ello en concepto de principal. (140.000?); B) El interés legal de la cantidad anterior desde que se detrajo de la cuenta de la parte actora hasta la presentación de la demanda, C) La que resulte en concepto de interés legal de las cantidad detallada en el primer apartado, desde la interposición de esta demanda hasta la Sentencia y moratorios desde ésta hasta el pago completo; y D) Las costas causadas y que se causen en este procedimiento». Por su parte, la demandante procedería a entregar a Caja España los títulos y las cantidades percibidas en concepto de intereses más el interés legal desde la fecha de su percepción.

Consta que tras el fallecimiento del esposo de la demandante, ésta última y sus hijos procedieron al reparto de los títulos del siguiente modo: A) 35 obligaciones subordinadas C. España 08-jul/ago y 5 participaciones preferentes C. España-Serie I para D.^a Marisa ; y B) 35 obligaciones subordinadas C. España 08-jul/ago para D.^a Fermina y D. Constantino (con su madre como usufructuaria). En consecuencia la nulidad y sus efectos ha de declararse respecto de los títulos de la demandante.

QUINTO.- La estimación del recurso determina que no haya lugar a condena en costas causadas por el mismo (artículos 394 y 398 LEC) y que proceda la devolución del depósito constituido para su interposición (Disposición Adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial).

Igualmente se deja sin efecto la condena en costas impuesta a la demandante por su recurso de apelación (artículos 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Marisa contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (sección 6.^a) de fecha 19 de enero de 2015, en Rollo de Apelación n.º 461/14 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Oviedo, en virtud de demanda interpuesta por el hoy recurrente contra Banco Ceiss. **2.º-** Casar la sentencia recurrida, la cual queda sin efecto. **3.º-** Estimar parcialmente la demanda interpuesta por doña Marisa contra Banco Ceiss, declarando la nulidad de los contratos de suscripción de 35 obligaciones subordinadas 08 y 10-feb y 5 participaciones preferentes celebrados por la demandante y su esposo con la entidad demandada. **4.º-** Condenamos a esta última a reintegrar a la demandante la cantidad de ciento cinco mil euros, más los intereses legales desde la entrega de dicha cantidad, con devolución por la demandante de las cantidades ingresadas en concepto de intereses correspondientes los indicados títulos, más el interés legal que corresponda desde su percepción. **5.º-** Se deja sin efecto la condena en costas de la apelación interpuesta por la demandante. **6.º-** No se hace imposición de costas causadas por el presente recurso, con devolución a la recurrente del depósito constituido para su interposición. 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.