



Roj: **STS 2727/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2727**

Id Cendoj: **28079110012017100408**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2017**

Nº de Recurso: **513/2015**

Nº de Resolución: **421/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 1009/2014,**
STS 2727/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 4 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Cayetano y D.^a Enriqueta , representados por el procurador D. Luciano Rosch Nadal bajo la dirección letrada de D. Antonio Olaya Ponzzone, contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2014 por la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación n.º 576/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1149/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huelva, sobre nulidad e incumplimiento de contrato. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D. José Carlos Pérez Berengena.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Cayetano y D.^a Enriqueta , interpusieron demanda de juicio ordinario contra Caja Madrid, posteriormente Bankia S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimándose íntegramente la demanda:

«1.- Declare la nulidad de pleno derecho del contrato de participaciones preferentes objeto del pleito, por ausencia de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y/o por infracción de la normativa imperativa especial de aplicación al presente caso, que acarrea la nulidad de pleno derecho ex artículo 6.3 del Código Civil , además de todos los otros argumentos relatados en este escrito de demanda. Y que, en consecuencia (efectos *ex tunc*), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta.

»2.- Subsidiariamente, declare la nulidad del contrato de participaciones preferentes objeto del pleito, por vicio en el consentimiento, además de todos los otros argumentos relatados en este escrito de demanda. Y que, en consecuencia (efectos *ex tunc*), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta.

»3.- Subsidiariamente, a la no estimación por ese Tribunal de la declaración de nulidad de los contratos objeto del pleito, declare el incumplimiento contractual del mismo por parte de Bankia S.A. y, en consecuencia, condene al banco a la resolución del contrato, sin coste alguno para mis mandantes, con la devolución del capital total invertido de 118.000 euros, junto al pago a mis mandantes de los perjuicios económicos causados hasta la fecha de interposición de esta demanda, que se concretan en la retención de los intereses ya cobrados por el cliente con motivo del contrato de participaciones preferentes hasta la finalización de este procedimiento



o subsidiariamente, los intereses legales desde la fecha de contratación del producto hasta la finalización del presente procedimiento, teniendo que devolver, en este caso, el cliente al banco los intereses cobrados por la contratación del producto.

»4.- Condene, en todo caso, a la entidad demandada, a la satisfacción de las costas causadas o que se causen en este proceso».

2.- La demanda fue presentada el 3 de septiembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huelva y fue registrada con el n.º 1149/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Bankia S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda interpuesta de contrario, con expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huelva, dictó sentencia n.º 106 de fecha 30 de julio de 2014, con el siguiente fallo:

«Estimo la demanda interpuesta por la procuradora D.ª María del Carmen García Aznar en nombre y representación de D. Cayetano y D.ª Enriqueta frente a Bankia S.A. y declaro la nulidad del contrato de "Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009", por importe de 118.000? de fecha 17 de febrero de 2010, suscrito entre D. Cayetano y D.ª Enriqueta y Caja Madrid y condeno a Bankia S.A. al reintegro a D. Cayetano y D.ª Enriqueta de la cantidad que resulte de la restitución recíproca de los pagos efectuados entre las partes derivados del contrato, cantidad incrementada con los intereses legales y moratorios.

»Se imponen las costas del presente procedimiento a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección n.º 2 de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 576/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2014, cuyo fallo dispone:

«Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankia S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huelva (antiguo Mixto n.º 2) de fecha de 30 de julio de 2014, y que debemos revocar y revocamos íntegramente dicha resolución, para desestimar ahora la demanda, sin imposición a las partes de las costas en ninguna de las dos instancias».

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

1.- D. Cayetano y D.ª Enriqueta, interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero: Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y de los artículos 8.b y c, 60.1, 61, 80, 82, 83 y 89.1 LGDCU, 78 bis 1, 79 bis puntos 1 a 6 LMV, artículos 60.1.b, c y d y 60.5, 61.1, 62.1 y 2, 64.1 y 2, 66.a, 72 y 73 RD 217/2008, y artículos 5.1 y 5, 7, 8.1 y 2, LCGC, en orden a la determinación del alcance real de los deberes de diligencia, información y transparencia que incumbe a las entidades de servicios de inversión cuando comercializan productos complejos de riesgo a clientes minoristas. En este motivo se argumenta que estos deberes no se cumplen con advertencias genéricas de riesgos, ni con la firma de los documentos contractuales predisuestos por la entidad.

»Segundo: Infracción de la doctrina jurisprudencial de esta sala y de los mismos preceptos legales en relación con el artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad radical de estos contratos por infracción de la normativa reflejada en los citados preceptos. Este motivo no ha sido admitido.

»Tercero: Subsidiario del anterior, se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial de esta sala y de los mismos preceptos legales, en relación con los artículos 1261, 1262, 1265, 1266, 1269, 1270, 1300 y 1301, en orden a la nulidad del contrato por error del cliente o dolo de la entidad financiera.

»Cuarto: Subsidiario del anterior, se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial de esta sala y de los mismos preceptos legales en relación con los artículos 1100, 1101, 1124, 1256 y 1258 del Código Civil, relativos a la responsabilidad civil de la entidad demandada por el incumplimiento de sus deberes legales que lleva aparejada la posibilidad de resolver el contrato y solicitar una indemnización por los daños ocasionados al cliente».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las



partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Cayetano y D.^a Enriqueta contra la sentencia dictada el día 11 de diciembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Huelva (sección 2.^a), en el rollo de apelación n.º 576/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1149/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huelva, en relación a los motivos primero, tercero y cuarto.

»No admitir el motivo segundo del recurso».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 8 de mayo de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - El 16 de febrero de 2010, D. Cayetano (jubilado del sector pesquero) y D.^a Enriqueta (funcionaria) adquieren «Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009» en una oficina de la entidad Caja Madrid (tras un proceso de fusión, Bankia), por un nominal de 118.000 euros. El 23 de mayo de 2013 Bankia procede al canje de las participaciones por acciones de la entidad y les liquida la cantidad de 73.962,24 euros. Los intereses recibidos, netos (descontando la retención fiscal) alcanzan la suma de 14.996,47 euros. En consecuencia, el valor total recibido al convertirse esas participaciones fue de 88.958,71 euros.

El 3 de septiembre de 2013, D. Cayetano y D.^a Enriqueta interponen demanda contra Caja Madrid. Suplican se dicte sentencia por la que: 1) se declare la nulidad de pleno derecho del contrato «participaciones preferentes» por ausencia de los requisitos del art. 1261 CC y/o por infracción de la normativa imperativa especial de aplicación, que acarrea la nulidad de pleno derecho ex art. 6.3 CC y que, en consecuencia (efectos *ex tunc*), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta; 2) subsidiariamente, se declare la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento y que, en consecuencia (efectos *ex tunc*), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta; 3) subsidiariamente, se declare el incumplimiento contractual del contrato por parte de Bankia y, en consecuencia, condene al banco a la resolución del contrato, sin coste alguno para los actores, con la devolución del capital total invertido de 118.000 euros, junto al pago de los perjuicios económicos causados hasta la fecha de interposición de esta demanda, que se concretan en la retención de los intereses ya cobrados por el cliente con motivo del contrato de participaciones preferentes hasta la finalización del procedimiento o subsidiariamente, los intereses legales desde la fecha de contratación del producto hasta la finalización del presente procedimiento, teniendo que devolver, en este caso, el cliente al banco los intereses cobrados por la contratación del producto.

Bankia, como sucesora de la actividad de negocio de Caja Madrid, contesta a la demanda solicitando su desestimación.

2. - La sentencia del Juzgado estima la demanda, declara la nulidad del contrato de adquisición de preferentes y, por aplicación de los arts. 1264, 1266, 1303, 1101 y 1108 CC, condena a Bankia al reintegro a los actores de la cantidad que resulte de la restitución recíproca de los pagos efectuados entre las partes con sus intereses.

Su decisión se basa, en síntesis, en que la entidad comercializadora demandada del producto no proporcionó la información exigida por la legislación aplicable (Ley del mercado de valores y Real Decreto 217/2008), que no realizó el test de idoneidad, a pesar de mediar asesoramiento, lo que según la sentencia del pleno de la sala primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 permite presumir el error y que incurrió en dolo porque ni comunicó a los clientes la situación real de Caja Madrid, ni dio información actualizada sobre el producto, ni incidió en la perpetuidad de la inversión y en la difícil enajenación de las participaciones y, por el contrario, informó a los clientes de que las ventas del producto se habían realizado sin problemas porque había más demanda que oferta. Considera el Juzgado que hubo dolo omisivo determinante de error vicio de consentimiento, que ese error recaía sobre elementos esenciales del contrato y no era imputable a la parte actora.



3. - Bankia interpone recurso de apelación solicitando la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda. Los actores se oponen al recurso de apelación y reiteran en su escrito que, de no apreciar error, procede la nulidad absoluta o la resolución por incumplimiento, en los términos solicitados en la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por Bankia y desestima la demanda, si bien no impone a la actora las costas de primera instancia porque considera que la cuestión presenta dudas jurídicas, porque existen criterios judiciales muy diversos en el análisis de idéntico negocio jurídico.

Puesto que la sentencia de primera instancia apreció error vicio del consentimiento, la sentencia de segunda instancia comienza por analizar si concurren los presupuestos para el éxito de esa acción y concluye que no, porque entiende que sí hubo consentimiento válido, aunque se desconocieran detalles de rentabilidad, y descarta que los actores creyeran contratar un depósito fijo, contra lo que afirmaban en su demanda. De una parte, entiende la sentencia que no ha quedado acreditada la existencia de error porque, para deducir el error a partir de defectos en la realización de los tests o en el cumplimiento de la normativa del mercado de valores, sería preciso conocer las condiciones personales de los actores, de quienes la demanda solo decía que uno era autónomo jubilado (dedicado a actividades relacionadas con la pesca) y la otra funcionaria, pero que dado el carácter estrictamente personal del posible error en el consentimiento resulta preciso conocer más datos a efectos de valorar si realmente, por su edad o falta de información o ignorancia no pudieron comprender que lo contratado no era un depósito fijo con una simple lectura de la mención en el doc. 4 aportado por la demandante (contrato titulado «depósito o administración de valores» en el sentido de que no señala plazo, ni fija interés ni emplea la palabra «fijo») y en los documentos 5 y 5 bis de la contestación (sobre manifestación del cliente de haber sido informado de los riesgos del instrumento financiero) que, según la Audiencia, «con un contenido brevísimo de inmediata lectura, es una evidente advertencia de los riesgos de la operación».

Considera la Audiencia que la carga de la prueba de los datos personales de los demandantes corre de su cuenta y que no han acreditado razones personales que puedan justificarlo, por lo que no puede apreciarse error. De otra parte, considera que no existió dolo, a la vista de la documentación proporcionada y firmada por los actores, documentación en la que sí se informó de los riesgos.

Estimado el recurso de apelación por considerar que no concurre el vicio de consentimiento que apreció la sentencia de primera instancia, la de segunda instancia pasa a analizar las demás acciones ejercitadas por el actor:

a) En primer lugar, considera evidente la falta de fundamento de la acción de nulidad radical, pues la venta de participaciones preferentes es un contrato del que no se puede afirmar genéricamente que no tenga consentimiento, causa o que adolezca de falsedad y que no puede calificarse su comercialización como nula de pleno derecho por contrariar el orden público, puesto que el legislador ha previsto la existencia de preferentes como partes de los recursos propios de las entidades.

b) En cuanto al denunciado incumplimiento de la normativa imperativa aplicable contenida en la Ley del mercado de valores y Real Decreto 217/2008, la sentencia considera que fue cumplida en esencia (se entregó el tríptico informativo y fue firmado, uno por cada uno de los demandantes, docs. 6 y 6 bis de la contestación), que cada uno realizó un test de conveniencia (docs. 7 y 7 bis de la contestación) y que de otros documentos aportados por la contestación (5, 5 bis) resulta una evidente advertencia de los riesgos de la operación. Concluye que si la finalidad de esta normativa es que estos productos puedan ofrecerse en el mercado a consumidores no expertos con una información esencial, básicamente comprensible, lo entregado en el caso cumple con tal finalidad. Añade que la legislación no prevé para el caso de incumplimiento de esta normativa la nulidad radical.

c) En cuanto a la denuncia de incumplimiento de contrato, razona que el contrato sí ha sido cumplido, partiendo de que no se contrató un depósito fijo. Señala que la actora parece pretender bien que existían otros deberes precontractuales, que la Audiencia considera suficientemente cumplidos, bien un deber genérico del banco de no ofrecer productos de los que pudieran derivar tales pérdidas como las producidas. Entiende la Audiencia que tal contrato no existe ni es propio de la naturaleza de este tipo de inversión ni de la práctica bancaria y otra cosa es la posible negligencia que pueda haber por la entidad en los casos de contratos de gestión de activos o de carteras, que no es el caso. Entiende la Audiencia que los actores han sufrido una pérdida que es la propia de todos los que se han visto perjudicados por la caída de la práctica totalidad de las acciones cotizadas en bolsa, lo que es propio de quien se somete a las reglas de esta clase de mercado. Concluye la Audiencia que, por lo demás, el incumplimiento que podría derivar de una asesoría desafortunada daría lugar, no a la resolución del contrato, sino a «una acción de resarcimiento por incumplimiento impropio» y la demanda no solicita ni concreta esa posible indemnización.

SEGUNDO.- Los demandantes interponen recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en cuatro motivos.



Por Auto de 15 de marzo de 2017 se inadmite el segundo, por falta de interés casacional, porque contra lo que denuncia el recurrente la sentencia de la Audiencia, al descartar la nulidad radical del contrato al amparo del art. 6 CC, no contradice la doctrina de la sala contenida en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre y 731/2016, de 20 de diciembre.

Se admiten los restantes motivos.

1.º) En el primero la parte actora ahora recurrente denuncia infracción de los arts. 8.b) y c), 60.1, 61, 80, 82, 83 y 89.1 LGDCU, 78.bis.1, 79 y 79 bis, puntos 1 a 6 LMV, 60.1.b), c) y d), 60.5, 61.1, 62.1 y 2, 64.1 y 2, 66.a), 72 y 73 RD 217/2008 y 5.1 y 5, 7, 8.1 y 2 LCGC.

Para justificar el interés casacional cita las sentencias del pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, 384/2014, de 7 de julio, 460/2014, de 10 de septiembre, 464/2014, de 8 de septiembre, 244/2013, de 18 de abril.

En su desarrollo, tras transcribir fragmentos de las sentencias aportadas, en esencia, sostiene que de acuerdo con la normativa citada y su interpretación jurisprudencial la información de la entidad debe ser previa a la celebración del contrato, facilitada con suficiente antelación, transparente, clara, comprensible y adaptada a las circunstancias de las personas y del producto, relevante, veraz, exacta; que en el caso de los productos de inversión de productos complejos se establecen unos deberes legales de información y transparencia que no se cumplen por el propio contenido del contrato.

Tras una prolija cita de la sentencia de primera instancia, que no debe olvidarse que no es la recurrida, y de la propia demanda, el desarrollo del motivo acaba refiriéndose a la sentencia recurrida para decir que, al valorar que la normativa fue cumplida en lo esencial y que se entregó documentación que informaba sobre los riesgos de forma comprensible, contradice la sentencia de primera instancia, la normativa infringida, los hechos probados, la carga de la prueba y otras afirmaciones de la propia sentencia recurrida que en su fundamento octavo afirma que existió una asesoría desafortunada, se ofreció una información desfasada sobre la calidad de las participaciones, que las previsiones de crecimiento o revalorización ofrecidas carecían de fundamento y que el director de la oficina dio muestras de haber dado consejos financieros en la más total ignorancia.

2.º) En el tercer motivo del recurso denuncia infracción de los arts. 8.b) y c), 60.1, 61, 80, 82, 83 y 89.1 LGDCU, 78.bis.1, 79 y 79 bis, puntos 1 a 6 LMV, 60.1.b), c) y d), 60.5, 61.1, 62.1 y 2, 64.1 y 2, 66.a), 72 y 73 RD 217/2008 y 5.1 y 5, 7, 8.1 y 2 LCGC en relación con los arts. 1261, 1262, 1265, 1266, 1269, 1270, 1300 y 1301 CC.

Para justificar el interés casacional cita las sentencias del pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, 384/2014, de 7 de julio, 460/2014, de 10 de septiembre, 464/2014, de 8 de septiembre.

En su desarrollo, tras transcribir fragmentos de las sentencias aportadas, la parte recurrente se remite a lo expuesto en el primer motivo en lo referente al incumplimiento por parte de la entidad demandada de los deberes de información que le incumben y dice que va a ocuparse de los efectos que tal incumplimiento provoca en la declaración de nulidad del contrato por vicio del consentimiento. Tras referirse nuevamente y de forma extensa a la sentencia de primera instancia, cuyo razonamiento considera correcto, transcribe fragmentos de la sentencia recurrida y concluye que, contra lo afirmado en la sentencia, en el caso, existió vicio del consentimiento porque el incumplimiento por parte de Bankia de los deberes de información propició en los demandantes recurrentes una falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados, por lo que la sentencia recurrida infringe la doctrina de la sala.

3.º) En el cuarto motivo del recurso denuncia infracción de los arts. 8.b) y c), 60.1, 61, 80, 82, 83 y 89.1 LGDCU, 78.bis.1, 79 y 79 bis, puntos 1 a 6 LMV, 60.1.b), c) y d), 60.5, 61.1, 62.1 y 2, 64.1 y 2, 66.a), 72 y 73 RD 217/2008 y 5.1 y 5, 7, 8.1 y 2 LCGC en relación con los arts. 1100, 1101, 1124, 1256 y 1258 CC.

Cita como infringida la doctrina de las sentencias del pleno 460/2014, de 10 de septiembre y 244/2013, de 18 de abril.

En su desarrollo, tras transcribir fragmentos de las sentencias aportadas, la parte recurrente se remite a lo expuesto en el primer motivo en lo referente al incumplimiento por parte de la entidad demandada de los deberes de información que le incumben y dice que va a referirse a los efectos de tal incumplimiento como causa de resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios.

Tras recordar que esta era una de las pretensiones ejercitadas, de manera subsidiaria en la demanda expone que la sentencia de primera instancia, tras apreciar la nulidad por vicio del consentimiento, no llegó a pronunciarse sobre esta pretensión pero que la sentencia recurrida, al negar que hubiera vicio entró a analizar si mediaba incumplimiento resolutorio para negarlo. Entiende la parte recurrente que, al hacerlo, la sentencia recurrida se opone a la doctrina sobre resolución e incumplimiento.



2.- Bankia presenta escrito de oposición al recurso. Alega en primer lugar la entidad demandada ahora recurrida que concurre causa de inadmisión por la defectuosa técnica casacional del escrito de interposición. Sostiene que lo único que pretende la parte recurrente es revisar cuestiones relativas a la valoración de la prueba. Añade que el problema planteado depende de las circunstancias fácticas concretas del caso enjuiciado y que en el caso la aplicación de la jurisprudencia de la sala solo podría llevar a una modificación del fallo mediante la omisión de los hechos probados, como la información precontractual entregada a los recurrentes y de los no probados, como la esencialidad y la inexcusabilidad del error que dicen haber padecido los recurrentes. Sostiene que la valoración de la prueba corresponde a la instancia y no es función de la casación y concluye que la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida es conforme a la doctrina de la sala.

Se opone también, por razones de fondo, a la estimación del recurso:

a) Respecto del primer motivo porque la sentencia recurrida considera como hecho probado que sí hubo información, a la vista del tríptico informativo suscrito por los actores y de los documentos 5 y 5 bis aportados con la contestación de la demanda, en los que se informaba del riesgo que asume el cliente que adquiere preferentes.

b) Respecto del segundo motivo admitido (tercero del escrito del recurso) sostiene que la sentencia recurrida descarta la existencia de error, la falta de prueba sobre las condiciones personales de los demandantes-recurrentes que permitan valorar que padecieron error, que nunca se les ofreció un depósito a plazo de alta rentabilidad. Cita jurisprudencia de la sala que considera aplicable, como la sentencia 12/2017, de 13 de enero, 840/2013, de 20 de enero y jurisprudencia sobre la prueba del error, su inexcusabilidad y su carácter esencial.

c) Respecto del tercer motivo admitido (cuarto del escrito del recurso) sostiene que los actores no impugnaron en su día que la sentencia de primera instancia no se pronunciara sobre la pretensión de resolución del contrato e indemnización de daños por incumplimiento de la entidad; que, en todo caso, la entidad cumplió en lo esencial sus obligaciones, por lo que no procedería la aplicación del art. 1124 CC que, según la jurisprudencia, requiere un incumplimiento esencial; que no existe una omisión antijurídica, que no se cuantifica el daño y el supuesto incumplimiento de los deberes de información jugaría en todo caso en la fase precontractual.

TERCERO.- Debemos pronunciarnos en primer lugar sobre el óbice de inadmisibilidad que plantea Bankia en su escrito de oposición al recurso, que debe ser rechazado.

En el recurso se impugna la valoración de la sentencia recurrida sobre la suficiencia de la información suministrada por la entidad bancaria para cumplir con los deberes previstos en la normativa, «lo que constituye propiamente una valoración jurídica apoyada en los hechos probados, que tan sólo se puede impugnar mediante el recurso de casación» (sentencia 731/2016, de 20 de diciembre).

Esta es la doctrina de la sala, la de que la valoración jurídica solo es impugnabile en el recurso de casación. En su escrito de oposición Bankia omite que tanto la sentencia 112/2017, de 21 de febrero como el auto de inadmisión de 15 de marzo de 2017 (rec. cas. 788/2015) que, sobre asuntos parecidos al que da lugar al presente recurso, cita en apoyo de su tesis, se refieren a la inadmisión de motivos de recursos de infracción procesal. En esas resoluciones se excluye que sea la vía del recurso de infracción procesal la correcta para impugnar las valoraciones jurídicas de las sentencias y se afirma que, por el contrario, la vía de impugnación adecuada es el recurso de casación, como hace el recurrente en el presente caso. Otra cosa es lo prolijo del escrito del recurso de casación, que no solo contrasta la sentencia recurrida con la doctrina de la sala sino que, improcedentemente, contrasta las afirmaciones de la sentencia recurrida y de la doctrina de esta sala con los razonamientos de la sentencia de primera instancia, que al recurrente le parecen más acertados y conformes con la jurisprudencia de la sala.

A lo anterior se une la existencia de interés casacional, puesto que la razón decisoria de la sentencia recurrida puede entrar en contradicción con la jurisprudencia consolidada de esta sala sobre el error vicio en los contratos de inversión de productos complejos. Todo ello «ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas» (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre , 149/2017, de 2 de marzo), «adaptándose a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa» (sentencia 562/2016, de 23 de septiembre , 149/2017, de 2 de marzo).



Bankia, en su escrito de oposición, cuando afirma que la sentencia recurrida es conforme a la doctrina contenida en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre y 731/2016, de 20 de diciembre, pasa por alto las verdaderas afirmaciones de estas sentencias. En la primera, en un caso en el que había quedado fuera del debate la nulidad por error y se sostenía la nulidad radical, la sala declaró que el incumplimiento por parte de la entidad de la obligación de realizar el test no daba lugar a la nulidad radical del contrato: en el presente caso ha sido inadmitido el motivo basado en la nulidad radical del contrato por incumplimiento de los deberes de transparencia pero subsisten los motivos sobre el error vicio en los contratos de inversión de productos complejos. En la segunda sentencia citada por el recurrido en su escrito de oposición al recurso, lo que se mantiene es que la sentencia recurrida en ese caso afirmaba que «el actor tenía pleno conocimiento de la naturaleza, funcionamiento, liquidaciones y riesgo del producto al momento de la firma del contrato», lo que (a diferencia de lo que sucede en el caso que da lugar al presente recurso de casación) no fue impugnado en el recurso de casación, que en esa ocasión se limitaba a denunciar que no se había realizado el test y denunciaba infracción del art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero.

CUARTO.- Entrando en el fondo para resolver el recurso de casación, los motivos primero y tercero del recurso se estudian conjuntamente, porque en ambos cuestiona la recurrente la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida en el sentido de que el cliente pudo conocer el riesgo del producto así como la consecuencia que extrae de que no cabe inferir la concurrencia del error en los términos exigidos para anular el contrato.

Los motivos se estiman por las siguientes razones.

1.ª) En un supuesto de adquisición de preferentes serie II de la misma entidad, la sentencia 245/2017, de 20 de abril, recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. Lo que en el caso concreto de la comercialización de participaciones preferentes se ha mantenido en las sentencias de esta sala 458/2014, de 8 de septiembre; 489/2015, de 16 de septiembre; 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 605/2016, de 6 de octubre; 625/2016, de 24 de octubre; 677/2016, de 16 de noviembre; 734/2016, de 20 de diciembre y 67/2017, de 2 de febrero.

Según estas resoluciones, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso, la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

La normativa del mercado de valores -básicamente en la fecha de suscripción de la orden de compra litigiosa (febrero de 2010), los arts. 78 bis y 79 bis LMV y el RD 217/2008 - da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

Tales previsiones normativas, procedentes de la Directiva MiFID, son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen carácter esencial, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

2.ª) En el caso que da lugar al presente recurso de casación, y a diferencia de lo que sucedió en el caso que dio lugar a la sentencia 245/2017, de 20 de abril, la sentencia recurrida no declara que se entregaran con antelación suficiente los documentos informativos ni que los clientes contaran con amplia experiencia informativa.

En el presente caso, la sentencia recurrida sostiene que, para poder apreciar error vicio del consentimiento resulta preciso conocer las condiciones personales de los clientes, sin que ellos, que tendrían la carga de



probarlo, hayan acreditado que por sus circunstancias personales (edad, falta de formación o ignorancia) no pudieran entender con una simple lectura que lo contratado no era un depósito a plazo fijo.

La sentencia no declara como hecho probado que se proporcionó a los clientes información sobre los riesgos y la naturaleza del producto sino que valora que, a partir de la lectura del contrato y de la firma de una manifestación de haber sido informado, es difícilmente aceptable que hubiera error, a no ser que los clientes lo probaran.

Por lo demás, a otros efectos, la propia sentencia afirma, de manera incoherente con la relajación con que exige el cumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad, que la falta de cuidado en la asesoría, al ofrecer como rentable un producto propio se produjo «con información sobre la calidad de las participaciones desfasada (las clasificaciones de agencias de rating del folleto de emisión se datan con arreglo a la verdad pero son de fechas pasadas) o con previsiones de crecimiento o revalorización que carecieran de verdadero fundamento, y más cuando se trata de vender valores propios y siendo que debería la entidad disponer de mejor información (el director de la sucursal que actúa por el banco dio cuenta clara de haber dado consejos financieros en la más total ignorancia)».

El razonamiento de la sentencia recurrida es contrario a la doctrina de la sala puesto que, clasificados los clientes como minoristas por la propia entidad, es a esta a la que incumbe probar que la información sobre los riesgos del producto fue proporcionada con antelación suficiente y que, no producida tal circunstancia, concurren en los actores circunstancias que permiten llegar al convencimiento de que sí pudieron representarse las características del producto de forma suficiente como para prestar su consentimiento de manera libre y no viciada por error.

En consecuencia, en cuanto que la sentencia recurrida no se ajusta a tales previsiones deben estimarse los motivos primero y tercero relativos a los deberes de información y su influencia sobre el error vicio del consentimiento. Resulta por tanto innecesario entrar a analizar el motivo cuarto del recurso de casación.

Estimados los motivos primero y tercero del recurso de casación procede por ello la estimación del recurso, sin que sea preciso pronunciarse sobre el cuarto motivo interpuesto con carácter subsidiario.

Estimado el recurso de casación, procede anular la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, resolver el recurso de apelación interpuesto por Bankia contra la sentencia dictada en primera instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia apreció error vicio del consentimiento de los actores como consecuencia de la falta de información de los riesgos del producto por parte de la entidad. El recurso de apelación interpuesto por Bankia se basaba, resumidamente en los siguientes motivos: la entidad niega que existiera una relación de asesoramiento con los clientes, afirma que en todo caso el error alegado por los demandantes sería inexcusable, que la carga o prueba del error en el consentimiento recae sobre la parte que lo alega y que en el caso la comercialización del producto se llevó a cabo proporcionando la información adecuada de conformidad con la normativa vigente en el momento.

El recurso debe ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

La sala primera del Tribunal Supremo ha venido manteniendo una interpretación de las actividades que suponen asesoramiento cuya aplicación al caso permitiría concluir, contra lo afirmado por Bankia, que sí hubo asesoramiento, desde el momento en que hubo recomendación del producto por parte de la entidad financiera (por todas, sentencia 245/2017, de 20 de abril, con cita de otras muchas anteriores, como las sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, 2/2016, de 25 de febrero y 411/2016, de 17 de junio).

De acuerdo con esta misma jurisprudencia, el deber de información de la entidad comporta una actuación positiva de informar con antelación suficiente de los riesgos del producto, que no puede sustituirse por el contenido del contrato o por la entrega de la documentación contractual. En el caso es además relevante la forma en la que se llevó a cabo la contratación: a) El contrato aparece firmado por los dos actores con la fecha del día 16 de febrero pero el folleto informativo aparece suscrito por los clientes con fecha 17 de febrero, fecha que coincide con la de la recepción de la orden de compra de las preferentes por la entidad. b) El mismo día 16 de febrero, además del contrato, cada uno de los clientes suscribe un documento prerredactado por la entidad por el que manifiestan que conocen los riesgos del producto, lo que es más bien un documento que pretende ser liberatorio de los deberes de responsabilidad por la falta de cumplimiento de los deberes de información que incumben a la entidad. c) El día 16 de febrero D.^ª Enriqueta, y el día 17 de febrero D. Cayetano, suscriben unos tests de conveniencia. Ciertamente no es muy decisivo que los tests debieran ser de idoneidad, si se considera que hubo asesoramiento, puesto que si pudiera acreditarse que los clientes conocían los riesgos del producto contratado ese dato sería irrelevante (tal y como han declarado las sentencias 176/2017, de 13 de marzo y 210/2017, de 30 de marzo). Pero no es irrelevante que en dichos tests, cumplimentados a máquina por la entidad, se contengan tan solo cuatro preguntas, una sobre el nivel de conocimientos de los clientes



y tres en las que se mencionan expresamente las emisiones de «renta fija», cuando se quiere insistir por la entidad que a los clientes les debió quedar claro que el producto contratado ni era un depósito (a pesar de la denominación del contrato suscrito de «contrato de depósito o administración de valores») ni era un producto de renta fija. No es de extrañar que el Informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 17 de mayo de 2010 considerara las insuficiencias del contenido de los tests utilizados por Caja Madrid para evaluar al cliente en el proceso de comercialización de las participaciones preferentes.

En consecuencia, no cabe concluir que Bankia haya acreditado el cumplimiento de las normas de conducta ni tampoco de los deberes exigibles de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto contratado. Ese déficit de información permite presumir la existencia de error y es la entidad la que debería acreditar que, por las circunstancias, el cliente sí pudo conocer los riesgos y no padeció error al contratar.

Tiene razón Bankia en su recurso de apelación cuando afirma que, apreciado error como vicio del consentimiento, la consecuencia no es la nulidad radical, como afirma la sentencia de primera instancia, sino la anulabilidad. Sin embargo, esta corrección resulta irrelevante para el fallo, pues con ello no cuestiona Bankia que, aplicable la anulación, debiera desestimarse la acción como consecuencia de la aplicación de un régimen jurídico diferente (en cuanto a la legitimación o al plazo de prescripción de la acción, por ejemplo). Por lo demás, declarada la nulidad del contrato da igual que la misma proceda de un supuesto de anulabilidad que de un supuesto de nulidad radical, pues el contrato es igualmente nulo.

En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia contra la sentencia de primera instancia y confirmar el pronunciamiento del Juzgado que apreció nulidad del contrato por error vicio del consentimiento y estimó la demanda, sin que resulte preciso entrar en los demás motivos del recurso de apelación por los que Bankia se opone a las otras acciones interpuestas de modo principal o subsidiario por la parte demandante (nulidad por incumplimiento de normas imperativas, incumplimiento del contrato).

SEXTO.- La estimación del recurso de casación conlleva que no se imponga especialmente a ninguna de las partes las costas de este recurso, de conformidad con lo establecido en el 398.2 LEC.

La desestimación del recurso de apelación de Bankia conlleva que se le impongan las costas de la apelación, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 398.1 y 394 LEC. Se mantiene la condena en costas contenida en la sentencia de primera instancia.

Se ordena la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, de conformidad con el apartado 8 de la disp. adicional 15.ª LOPJ.

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 los demandantes D. Cayetano y D.ª Enriqueta contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (sección 2.ª) de 11 de diciembre de 2014, dictada en rollo de apelación 576/2014. **2.º-** Casar dicha sentencia y dejarla sin efecto. **3.º-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia 106/2014, de 30 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huelva, en el procedimiento ordinario n.º 1149/2013, que confirmamos íntegramente, incluida su condena en costas. **4.º-** Imponer a Bankia S.A. las costas del recurso de apelación. **5.º-** No haber lugar a imponer las costas del recurso de casación. **6.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.