



Roj: **STS 3593/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3593**

Id Cendoj: **28079110012018100580**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2018**

Nº de Recurso: **490/2016**

Nº de Resolución: **592/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1816/2015,**
STS 3593/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 592/2018

Fecha de sentencia: 24/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 490/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/10/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 490/2016

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 592/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 24 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2015, dictada en recurso de apelación 340/2015, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 377/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cádiz; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Berta y sus hijos D. Sebastián, Dña. Delia y Dña. Eloisa, representados en las instancias por la procuradora Dña. Inmaculada González Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. José Luis Ortiz Miranda, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. José Luis Barragués Fernández en calidad de recurrente y no personándose parte alguna en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Juan Francisco y Dña. Berta, representados por la procuradora Dña. Inmaculada González Domínguez y dirigidos jurídicamente por el letrado D. José Luis Ortiz Miranda, interpusieron demanda de juicio ordinario, sobre nulidad de contrato de participaciones preferentes, contra Bankia S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se declare la resolución de dicho contrato y a Bankia S.A. negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información y, se le condene a la restitución de 147.000.-? euros, más intereses legales. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

2.- La entidad bancaria demandada Bankia S.A., representada por la procuradora Dña. María V. Guerrero Moreno y bajo la dirección letrada de Dña. María Victoria Ordóñez Andrey, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva a mi representada de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con imposición de costas a la parte actora".

3.- Por la misma procuradora de la demandada personada, Dña. María V. Guerrero Moreno, y con la misma dirección letrada de Dña. María Victoria Ordóñez Andrey, se presentó sendos escritos, en nombre y representación de las entidades Caja Madrid Finance Prefered S.A. y Banco Financiero y de Ahorros S.A., con alegaciones tendentes a esclarecer sus intereses directos y legítimos en el procedimiento, solicitando se les tuviera personadas como demandadas a dichas sociedades y, practicadas las diligencias legales pertinentes, por auto de fecha 30 de octubre de 2013 se acordó admitir la intervención en el proceso de las entidades Caja Madrid Finance Prefered S.A. y Banco Financiero y de Ahorros S.A. como partes demandadas voluntarias, sin que procediera requerir a la parte demandante para que modificara el suplico de su demanda ni ampliara la misma.

Celebrada la correspondiente audiencia previa y el juicio, previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cádiz se dictó sentencia, con fecha 25 de abril de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que desestimando la demanda formulada por D. Juan Francisco y Dña. Berta contra Bankia S.A., absuelvo a la referida demandada de las pretensiones contenidas en la demanda, sin hacer imposición alguna de las costas causadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, personados los herederos de D. Juan Francisco por fallecimiento del mismo, la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 17 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la procuradora Sra. González Domínguez en nombre y representación de D. Sebastián, Dña. Berta, Dña. Delia y Dña. Eloisa (herederos de D. Juan Francisco), frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia núm. 2 de Cádiz en estas actuaciones, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, con imposición de las costas procesales de segunda instancia a la parte apelante".

TERCERO.- 1.- Por Dña. Berta y sus hijos D. Sebastián, Dña. Delia y Dña. Eloisa (subrogados como parte actora en su condición de herederos del fallecido D. Juan Francisco) se interpuso recurso de casación, por infracción a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, basado en el siguiente:



Motivo único.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con el art. 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre del Mercado de Valores y demás normativa sobre el mercado de valores y su desarrollo reglamentario, a la luz de la jurisprudencia de la Sala 1.ª, constituida por las sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, 323/2015, de 30 de junio, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las sentencias 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014 de 10 de septiembre; 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 110/2015, de 26 de febrero, 504/2015, de 15 de septiembre; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2017, de 20 de octubre, 562/2015, de 27 de octubre, y 525/2015 y 610/2015, de 30 de octubre, entre otras.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 14 de marzo de 2018, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto, y, no constando personada parte recurrida alguna, quedaron los autos pendientes de señalamiento para la celebración de la vista o, en su caso, de la votación y fallo.

2.- No habiéndose solicitado por la parte recurrente, única personada, la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 23 de octubre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

Por D. Juan Francisco (fallecido y sustituido actualmente por sus herederos) y Dña. Berta, hoy recurrentes, se interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia, S.A., en ejercicio de la acción de anulación del contrato de adquisición de participaciones preferentes, por error vicio en el consentimiento.

(Según la sentencia de primera instancia, los productos financieros adquiridos serían: participaciones preferentes, en mayo de 2010, y obligaciones subordinadas, en mayo de 2010, adquiridos por D. Juan Francisco, y participaciones preferentes compradas por Dña. Berta en diciembre de 2010).

La demandada se opuso (entre otros motivos, alegó que cumplió todas las obligaciones de información establecidas legalmente, que no asumió labores de asesoramiento, que la actora era conocedora del producto que contrataba, y la falta de legitimación pasiva, ya que, según la demandada, actuó como mera intermediaria y falta de litisconsorcio pasivo necesario). Durante la tramitación del procedimiento, por auto de 30 de octubre de 2013, se admitió la intervención de Banco Financiero y de Ahorro, S.A. y de Caja Madrid Finance Preferend, S.A., como demandadas voluntarias.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En primer lugar, declara la capacidad suficiente de D. Juan Francisco para consentir en los contratos de adquisición de participaciones preferentes en mayo del 2009 y de obligaciones subordinadas en mayo del 2010, pues la enfermedad de Alzheimer, que padeció, apareció con posterioridad a la perfección de los contratos con la entidad crediticia. Y razona que los demandantes contaban con información suficiente en los documentos entregados por la demandada para la suscripción del producto, en los que se hace constar las características y riesgos de los productos, y cuya lectura es suficiente para conocer la complejidad y riesgos del producto. Se hizo el test de conveniencia y aun cuando el documento no obra en las actuaciones debidamente firmado, al haberse aportado únicamente la fotocopia de la cara anterior, se ha de entender cumplido el requisito del art. 79.7 LMV, siendo relevante que los demandantes tenían conocimientos y experiencia inversora suficiente ya que eran titulares de productos financieros similares y acciones (bonos Caja Madrid, y acciones de Endesa, Repsol, Iberia y Bankia).

La sentencia fue recurrida en apelación por los demandantes y la Audiencia Provincial, por sentencia de 17 de diciembre de 2015, desestimó el recurso.

La Audiencia reitera que no se ha acreditado la falta de capacidad y deterioro cognitivo del demandante para suscribir los contratos de mayo de 2009 y mayo de 2010. Y razona que, en las suscripciones de participaciones preferentes de mayo del 2009 como en las obligaciones subordinadas de mayo del 2010, se le realizó test de conveniencia y queda probado que recibió información suficiente, ya que el demandante firmó un documento en donde se le advertía que el instrumento financiero presentaba un riesgo elevado, en particular, de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o su grupo. También se le informó en el momento de las obligaciones subordinadas de mayo del 2010. Entiende que no era necesario el test de idoneidad, al no quedar acreditado que se hubiese pactado por las partes un contrato de asesoramiento de inversión. Que el hecho de que Bankia no haya efectuado el test de conveniencia respecto de Dña. Berta en las participaciones preferentes de septiembre del 2010, no implica que el contrato sea nulo; esta falta debe ponerse en relación con su perfil inversor, habiendo quedado acreditado que, con anterioridad a los contratos del 2009 y 2010, se realizaron otras operaciones similares y que tenía experiencia en productos financieros distinto al plazo fijo, acciones de Iberia, Repsol, Endesa, etc., y que aceptaron los riesgos del producto que contrataron en mayo del



2009 y del 2010. La parte demandante debió probar el error sufrido por falta de información o que esta hubiera sido insuficiente, y no lo acreditó, y al contrario, la entidad crediticia acreditó que se le informó, conforme a los documentos 4 y 10 de la contestación de los riesgos de lo contratado.

Contra la anterior sentencia la parte demandada apelante ha interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

El recurso contiene un único motivo, que se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, en relación con el art. 78, 78 bis, 79 y 79 bis LMV, y la oposición a la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo en las sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, 323/15, de 30 de junio y 491/2015, de 15 de septiembre, reiterada por otras posteriores, en relación con el incumplimiento de los deberes de información y su incidencia sobre el error en el consentimiento.

Según el recurso, los demandantes, jubilados de 78 años en el momento de suscribir los productos (según la sentencia de primera instancia: 74 y 75 años), con estudios primarios, reúnen la condición de minoristas. Los únicos test de conveniencia aportados contienen una de dos páginas y sin firmar; no existe test de idoneidad de ninguna de las operaciones de compra, a pesar de existir asesoramiento; y la presunción de falta de conocimiento de instrumentos financieros complejo no puede ser vencida por el hecho de que tuviera otros productos complejos, cuando no habían adquirido con anterioridad productos similares a los que son objeto de este procedimiento.

SEGUNDO.- *Hechos no controvertidos.*

- 1.- Se trata de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.
- 2.- Son un matrimonio de 78 años de edad, cada uno.
- 3.- D. Juan Francisco presentaba al momento de la contratación un déficit cognitivo, pero el diagnóstico a Alzheimer fue muy posterior.
- 4.- El único test (de conveniencia) que se aporta no está firmado.
- 5.- La experiencia de los demandantes es en bonos, depósito y acciones.

TERCERO.- Motivo único.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con el art. 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre del Mercado de Valores y demás normativa sobre el mercado de valores y su desarrollo reglamentario, a la luz de la jurisprudencia de la Sala 1.ª, constituida por las sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, 323/2015, de 30 de junio, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las sentencias 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014 de 10 de septiembre; 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 110/2015, de 26 de febrero, 504/2015, de 15 de septiembre; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2017, de 20 de octubre, 562/2015, de 27 de octubre, y 525/2015 y 610/2015, de 30 de octubre, entre otras.

CUARTO.- *Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.*

Se declara en sentencia 406/2018, de 29 de junio:

"1.- En relación con el producto financiero al que se refiere el enjuiciamiento, hemos dicho ya en múltiples resoluciones que la deuda subordinada es un producto financiero complejo que, si bien generalmente ofrece una rentabilidad mayor que otros activos de deuda, pierde capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad emisora, ya que el pago está subordinado en el orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios (en caso de concurso, art. 92.2 Ley Concursal). Además, el capital en ningún caso está garantizado y no está protegido por el Fondo de Garantía de Depósitos.

"2.- Las sentencias del pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, así como la sentencia 489/2015, de 16 de septiembre, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

"3.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el



sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 de abril).

"4.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión.

"Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

"En concreto, en caso de productos financieros complejos, la ley impone a la entidad comercializadora la obligación de informar al cliente minorista.

"5.- 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, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras...

"Sobre este particular, las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes".

"La normativa MiFID, ya incluida en nuestro Derecho cuando se suscribió el contrato litigioso, en particular el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores -LMV - (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. Siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero, ente otras muchas).

"Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten tales servicios deben:

"i. Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo.

"ii. La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: 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.

"iii. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

"La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.



"No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente adquirió la deuda subordinada porque le fue ofrecida por Caja Madrid. Para que haya asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición".

QUINTO.- Al no constar cumplida la obligación de información por parte de la parte demandada, en productos financieros complejos, frente a minoristas que carecían de formación suficiente para valorar el riesgo que contraían, procede la nulidad del contrato (arts. 1265 y 1266 del C. Civil).

Estimado el recurso de casación y asumiendo la instancia, se estima la demanda por lo que debemos declarar la nulidad por vicio de error en el consentimiento de los contratos suscritos entre la parte actora y demandada, debiendo ésta reintegrar a la actora la cantidad de 147.000 euros, con los intereses legales desde la fecha de suscripción de los contratos, y por su parte los actores deberán devolver a la entidad demandada los títulos adquiridos, así como los intereses percibidos desde la suscripción del producto, incrementados con el interés legal devengado desde la fecha de cada abono hasta su efectiva restitución; todo ello con imposición de las costas causadas en primera instancia a la demandada, al ser sustancial a la estimación de la demanda.

SEXTO.- No procede imposición de costas de la apelación ni de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Berta y sus hijos D. Sebastián , Dña. Delia y Dña. Eloisa contra sentencia de 17 de noviembre de 2015 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz (rollo de apelación 340/2014).

2.- Casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia, se estima la demanda por lo que debemos declarar la nulidad por vicio de error en el consentimiento de los contratos suscritos entre la parte actora y demandada, debiendo ésta reintegrar a la actora la cantidad de 147.000 euros, con los intereses legales desde la fecha de suscripción de los contratos, y por su parte los actores deberán devolver a la entidad demandada los títulos adquiridos, así como los intereses percibidos desde la suscripción del producto, incrementados con el interés legal devengado desde la fecha de cada abono hasta su efectiva restitución; todo ello con imposición de las costas causadas en primera instancia a la demandada.

3.- No procede imposición de costas de la apelación ni de la casación, con devolución 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 colección legislativa.

Así se acuerda y firma.