



Roj: **STS 3893/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3893**

Id Cendoj: **28079110012018100631**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2018**

Nº de Recurso: **1557/2016**

Nº de Resolución: **653/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 242/2016,**
STS 3893/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 653/2018

Fecha de sentencia: 20/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1557/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª.

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1557/2016

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 653/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 20 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de febrero de 2016, dictada en recurso de apelación 453/2013, de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante de autos de juicio ordinario 87/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Málaga; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Ezequias, representado en las instancias por la procuradora Dña. Elena Ramírez Gómez, bajo la dirección letrada de D. Carlos Hernández Guarch, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Carmen Palomares Quesada en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la mercantil Caixabank S.A., representada por la procuradora Dña. María Pardillo Landeta, bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Trillo Garrigues.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Ezequias, representado por la procuradora Dña. Elena Ramírez Gómez y asistido del letrado D. Carlos Hernández Guarch, interpuso demanda de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad e indemnización de daños y perjuicios contra la entidad Barclays Bank S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"En la que condene a la demandada a devolver al demandante la cantidad de 197.790,07 euros más los intereses legales desde el 9 de octubre de 2008 con expresa imposición de las costas del juicio".

2.- Se persona como demandada entidad mercantil Barclays Bank S.A., representada por la procuradora Dña. Ana María Gómez Tienda y bajo la dirección letrada de D. J. Ignacio Trillo Garriguez, y contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que desestime íntegramente la demanda deducida de adverso por la procuradora Dña. Elena Ramírez Gómez en el nombre y representación que ostenta de D. Ezequias, con los demás pronunciamiento a que en derecho hubiere menester, condenándose al demandante al pago de las costas procesales del presente procedimiento".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Málaga se dictó sentencia, con fecha 28 de diciembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. 1.- Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por D. Ezequias frente a la entidad mercantil Barclays Bank S.A.

"2.- Se condena a D. Ezequias al pago de las costas de esta instancia".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, y personado ante la Audiencia como parte demandada la entidad Caixabank S.A., por fusión por absorción de Barclays Bank S.A. (sociedad absorbida), representada por la misma procuradora Dña. Ana María Gómez Tienda, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia, con fecha 18 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dña. Elena Ramírez Gómez, en nombre y representación de D. Ezequias, frente a la sentencia dictada el 8 de enero de 2013 por el magistrado-juez de Primera Instancia núm. 13 de Málaga, en el juicio ordinario 87/2010, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas procesales devengadas en esta alzada".

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

Motivo primero.- Por la vía del art. 477.2.3.º, existencia de interés casacional por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo reflejada en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 489/2015, de 16 de septiembre, en las que se establece que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, siendo por tanto contraria la sentencia de la Audiencia a dicha doctrina en cuanto considera que el demandante pudo informarse a través de la CNMV y conocer la naturaleza de las acciones preferentes una emisión perpetua que remunera un tipo de interés fijo del 5,75% anual. Con infracción de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores y arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993.



Motivo segundo.- Por la vía del art. 477.2.3.º, existencia de interés casacional por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo reflejada en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 489/2015, de 16 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que el demandante hubiera contratado fondos de inversión y otros productos no le convierte en cliente experto, puesto que no se ha probado que se diera al demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías, vulneración de dicha doctrina al considerar la Audiencia que el perfil de inversor del demandante no fuera moderado por la tipología de algunas de las inversiones efectuadas. Vulneración de los arts. 78 y 79 de la Ley de Mercados y arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993.

Motivo tercero.- Por la vía del art. 477.2.3.º, existencia de interés casacional por infracción de la última doctrina de esta sala relativa a la contratación de productos bancarios complejos (SSTS de pleno de 17-4-2013, CIP 1826/2010, 244/2013 de 18 de abril, de 17 de diciembre de 2013, CAS 879/2012, de 18 de abril de 2013, CIP 1979/2011 y de 13 de enero de 2015, CIP 2290/2012 y 754/2014, de 39 de diciembre, que vienen exigiendo un elevado estándar de diligencias a las entidades bancarias, máxime cuando los clientes, como es el caso, tienen la consideración de minoristas y su formación financiera y experiencia inversora son escasas o nulas y los productos contratados tenían su origen en preferentes de Lehman Brothers existiendo responsabilidad de las entidades bancarias cuando no actúan con la debida diligencia a la hora de informar a sus clientes de todos los posibles riesgos que lleva consigo una inversión en tan complejos productos financieros. Infracción de los arts. 1101 y sus concordantes 1102 y 1107 CC, que sujetan a la indemnización de daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contraviniesen el tenor de aquella, así como los preceptos del mercado de valores que regulan la obligación informativa por parte de la entidad vigente en el momento de la contratación, arts. 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores y arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 4 de julio de 2018, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María Pardillo Landeta, en nombre y representación de Caixabank S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en un juicio ordinario en el que por la parte demandante, D. Ezequias, se solicita la condena de la entidad Barclays Bank S.A. a devolverle en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 197.790,07.-€, más los intereses legales desde el 9 de octubre de 2008, invertida por el actor en abril de 2007 en la compra de participaciones preferentes de la entidad Lehman Brothers, bien por ser dicho contrato nulo de pleno derecho por haberse comercializado ilícitamente y vulnerando infinidad de normas de carácter imperativo (artículo 6.3 del Código Civil), o bien por generar alguno de los comportamientos ilícitos y engañosos de la demanda un vicio en el consentimiento del actor al producirle un error excusable, comportamientos que se pueden resumir en lo siguiente: 1.- Engaño respecto a las características del producto, pues la demandada le dijo al actor que era un producto seguro de renta fija anual al 5,57% con vencimiento determinado en el 2012; 2.- Omisión dolosa de las características y riesgos derivados de la contratación de ese producto, pues no se le dijo que era un producto complejo con múltiples factores de riesgo ni se le hizo entrega de ningún tipo de documentación en la que se contuviera dicha información, limitándose el actor a firmar la orden de suscripción; 3.- No haber llevado a cabo ningún seguimiento ni advertencia cuando empezaron a publicarse las primeras noticias referidas a la evolución negativa de Lehman Brothers a finales del 2007.

La entidad Barclays Bank, S.A (actualmente Caixabank, S.A.) se opone a la demanda alegando básicamente lo siguiente: 1.- Que D. Ezequias es un inversor altamente cualificado con experiencia y conocimientos en materia de inversión en los mercados financieros internacionales y que además estaba asesorado externamente, por lo que entendía cual era el producto que estaba contratando y sus características, siendo voluntad suya la de diversificar su cartera, no voluntad ni recomendación del Banco que se limitó, a instancias del cliente, a realizar una comparativa de los productos en los que aquel deseaba invertir y a ejecutar las ordenes de compra recibidas del cliente; 2.- Que la venta de participaciones preferentes en España era legal; 3.- Que no existió engaño alguno por parte de la demandada, que informó al actor en todo momento por personal del



Banco que el producto que compraba eran participaciones preferentes y sus características, proporcionándole además, antes de la inversión en las participaciones preferentes, los *Final Terms*, en los que se describen las características del producto, y la traducción al castellano del prospecto base, por lo que el actor estaba perfectamente informado que la opción de amortización de las participaciones preferentes correspondía exclusivamente al emisor y que la liquidez propia de esos títulos venía determinada exclusivamente por su capacidad de venta en el mercado secundario, siendo incierto que el Banco pactara con el actor fecha alguna de amortización; 4.- Que la quiebra de Lehman Brotheer no era previsible cuando se produjo la compra de las participaciones preferentes, que cuando se produjo, a mediados de septiembre de 2008, los valores se habían depositado por el actor en la entidad Bankinter en junio de 2008, que la quiebra hubiera producido los mismos efectos para la inversión, ya se tratara de obligaciones, bonos o participaciones preferentes, y que el actor tuvo la oportunidad de vender antes de que se produjera la quiebra y aun recomendándose no lo hizo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda con base en los siguientes argumentos:

- Condición de minorista del demandante, pero con amplios conocimientos en temas de inversiones.
- Discrepancia de los testigos respecto de su perfil como inversor, que va desde la consideración de conservador, moderado, dinámico e incluso de riesgo medio-alto, dada la adquisición de determinados productos más volátiles que las participaciones preferentes.
- Condición de la entidad demandada de mera comercializadora, no quedando acreditado contrato alguno de gestión de cartera, asesoramiento o gestión de patrimonio.
- Ausencia de prueba sobre quién facilitó la información al demandante.
- Carácter opcional por parte del emisor de la amortización de las acciones preferentes, inicialmente se incluían en el cuadro de renta fija, y no es hasta la publicación de la guía del año 2009 cuando se las califica de carácter perpetuo, rentabilidad variable no garantizada y como producto complejo, de riesgo elevado.
- El demandante pudo vender las participaciones cuando tuvo conocimiento de su carácter perpetuo, reduciendo las pérdidas y, en su caso, reclamando la diferencia a la demandada si efectivamente se sentía engañado, optando por cobrar el primer cupón y esperar aconsejado por expertos consultados.
- Imprevisibilidad de la quiebra de Lehman Brothers antes de septiembre de 2008, no pudiendo imputarse responsabilidad a la entidad bancaria por falta de previsión o de información.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, D. Ezequias, el cual fue desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que hoy constituye el objeto del presente recurso de casación, confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia.

Apoya la sentencia de la Audiencia Provincial tal fallo en los siguientes extremos:

- Condición de inversor minorista del demandante con importantes conocimientos en materia de inversiones, teniendo información propia, no suministrada por la entidad bancaria, y asesoramiento externo de productos financieros, no sólo nacionales, sino en su mayoría internacionales
- El demandante contactó con el servicio de atención al cliente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por lo que pudo informarse y conocer la naturaleza de las acciones preferentes, una emisión perpetua que remuneraba un tipo de interés fijo del 5,75% anual, y en caso de conocerlo por la consulta realizada, también pudo vender las participaciones en el mercado secundario, optando por el contrario por mantenerlas a la espera de un mayor precio de venta con evidentes fines especulativos.
- El recurrente poseía información suficiente del producto y que lo adquirió de forma consciente y voluntaria.
- La demandada mantenía con el Sr. Ezequias una relación de arrendamiento de servicios, y no de asesoramiento de inversión, limitándose a actuar como intermediaria en virtud de una orden de compra dada por su cliente, por lo que quien recibe la orden de compra y la cursa no responde del riesgo imprevisible, dentro de parámetros normales de mercado, del éxito de la operación sobre la que recae, pues ello extravesaría con mucho el ámbito y alcance de la orden por uno dada y por otra recibida.

Recorre en casación la parte demandante, D. Ezequias

El escrito de interposición del recurso de casación se articula en tres motivos de casación.

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores, en relación con los artículos 4 y 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 18 de abril de 2013, 12 de enero de 2015 y 16 de septiembre de



2015, en las que se establece que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa y no de mera disponibilidad.

Alega la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe tal doctrina por cuanto considera que el demandante pudo informarse a través de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y conocer la naturaleza de las acciones preferentes, no pudiéndose responsabilizar al inversor a buscar por sí mismo la información sobre el producto cuando dicha obligación le corresponde a la entidad bancaria.

En el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores, en relación con los artículos 4 y 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 18 de abril de 2013, 12 de enero de 2015 y 16 de septiembre de 2015.

Señala la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida en tanto que la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable o que el demandante hubiera contratado fondos de inversión u otros productos no le convierten en un cliente experto, máxime cuando, además, la contratación del producto se realizó a instancias de su gestor personal.

Por último, en el motivo tercero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores, en relación con los artículos 4 y 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993, así como los artículos 1101, 1102 y 1107 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 18 de abril de 2013, 17 de diciembre de 2013, 18 de abril de 2012 y 30 de diciembre de 2014.

Alega la parte recurrente que la entidad bancaria está obligada a informar sobre la naturaleza del producto y sus riesgos, información que no le fue suministrada, estando la entidad demandada obligada a indemnizarle por los daños y perjuicios causados.

SEGUNDO.- *Causas de inadmisibilidad.*

Deben rechazarse:

1. El recurrente no cuestiona los hechos probados.
2. El recurrente aporta una calificación jurídica diversa, en relación con la información facilitada.

TERCERO.- *Motivos primero a tercero.*

1.- Motivo primero.- Por la vía del art. 477.2.3.º, existencia de interés casacional por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo reflejada en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 489/2015, de 16 de septiembre, en las que se establece que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, siendo por tanto contraria la sentencia de la Audiencia a dicha doctrina en cuanto considera que el demandante pudo informarse a través de la CNMV y conocer la naturaleza de las acciones preferentes una emisión perpetua que remunera un tipo de interés fijo del 5,75% anual. Con infracción de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores y arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993.

2.- Motivo segundo.- Por la vía del art. 477.2.3.º, existencia de interés casacional por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo reflejada en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 489/2015, de 16 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que el demandante hubiera contratado fondos de inversión y otros productos no le convierte en cliente experto, puesto que no se ha probado que se diera al demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías, vulneración de dicha doctrina al considerar la Audiencia que el perfil de inversor del demandante no fuera moderado por la tipología de algunas de las inversiones efectuadas. Vulneración de los arts. 78 y 79 de la Ley de Mercados y arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993.

3.- Motivo tercero.- Por la vía del art. 477.2.3.º existencia de interés casacional por infracción de la última doctrina de esta sala relativa a la contratación de productos bancarios complejos (SSTS de pleno de 17-4-2013, CIP 1826/2010, 244/2013 de 18 de abril, de 17 de diciembre de 2013, CAS 879/2012, de 18 de abril de 2013, CIP 1979/2011 y de 13 de enero de 2015, CIP 2290/2012 y 754/2014, de 39 de diciembre, que vienen exigiendo un elevado estándar de diligencias a las entidades bancarias, máxime cuando los clientes, como es el caso, tienen la consideración de minoristas y su formación financiera y experiencia inversora son escasas o nulas y los productos contratados tenían su origen en preferentes de Lehman Brothers existiendo responsabilidad de las entidades bancarias cuando no actúan con la debida diligencia a la hora de informar a sus clientes de



todos los posibles riesgos que lleva consigo una inversión en tan complejos productos financieros. Infracción de los arts. 1101 y sus concordantes 1102 y 1107 CC, que sujetan a la indemnización de daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contraviniesen el tenor de aquella, así como los preceptos del mercado de valores que regulan la obligación informativa por parte de la entidad vigente en el momento de la contratación, arts. 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores y arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993.

CUARTO.- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos complejos anteriores a la incorporación al derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

"3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

CUARTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

Respecto del error, dijimos en la sentencia 479/2016, de 13 de julio:

"1.- En relación con las consecuencias de la inobservancia de las exigencias de información previstas en la normativa MiFID, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 - asunto C-604/11, Genil 48, S.L. y Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A., estableció que habrá que estar a lo previsto al efecto en los ordenamientos internos de los Estados miembros, al decir lo siguiente: "56. Mediante sus cuestiones segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, cuáles son las consecuencias contractuales que debe conllevar la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio en materia de inversión, de las exigencias de evaluación previstas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39. "57. A este respecto, procede señalar que, si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el artículo 19, apartados 4



y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias. Pues bien, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C-591/10, Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada). "58. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad". 2.- Dada dicha remisión a nuestro ordenamiento jurídico, es cierto, como se afirma en el recurso, que es inconcuso doctrinal y jurisprudencialmente que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento (en este caso, por inexistencia de información suficiente al cliente) debe dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución. Además de en las sentencias de esta Sala que se invocan en el recurso (14 de junio de 1988, 20 de junio de 1996, 21 de marzo de 1986, 22 de diciembre de 1980, 11 de noviembre de 1996, 24 de septiembre de 1997), lo hemos dicho más recientemente en la sentencia núm. 654/2015, de 19 de noviembre: "No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal, debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento". Y en cuanto a los daños y perjuicios por incumplimiento, dijo la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre: "5.- En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía "descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad." Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales "constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas".

A la vista de esta doctrina jurisprudencia debemos declarar que:

1. Aún reconociendo la amplia experiencia inversora del demandante, fue calificado como minorista por la propia demandada.
2. Fue la propia demandada quien indujo a error al demandante cuando informó de que se trataba de un producto de "renta fija", cuando en realidad era un producto complejo, de carácter perpetuo, renta variable y sujeto al riesgo de pérdida de capital.
3. El amplio conocimiento de los fondos de inversión internacionales y de los productos estructurados, no justifica que se exonere al banco de su obligación de información veraz para con el cliente calificado por el banco de minorista.
4. Es reprochable que se le ofrezca al cliente una información, cuando menos errónea, sobre la naturaleza pretendidamente conservadora del producto (renta fija) con potencialidad para provocar su decisión de contratar.
5. Por lo expuesto, procede acordar la nulidad del contrato, por concurrencia de error en el consentimiento (arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los productos de inversión complejos, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y estimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de primera instancia, que se revoca, a fin de estimar la demanda.

QUINTO.- Estimado el recurso de casación, no procede imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

No procede imposición en las costas de la apelación.

FALLO



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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Ezequias , contra sentencia de fecha 18 de febrero de 2016, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en recurso de apelación 453/2013.

2.º- Casar la sentencia recurrida, dictando una nueva por la que se estima la demanda, acordando la nulidad de adquisición de participaciones preferentes, con devolución de su importe por la demandada, mas el interés legal desde el 9 de octubre de 2008. Por su parte el actor deberá devolver igualmente las liquidaciones positivas, con los respectivos intereses legales, desde que fueran efectuadas, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

3.º- No procede imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

No procede imposición en las costas de la apelación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ