



Roj: **STS 1095/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1095**

Id Cendoj: **28079110012019100197**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2019**

Nº de Recurso: **2996/2016**

Nº de Resolución: **210/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 3227/2016,**
STS 1095/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 210/2019

Fecha de sentencia: 05/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2996/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, sección n.º 11

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 2996/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 210/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 5 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Valencia, sección undécima, en el rollo de apelación n.º 754/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 761/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Valencia.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador don Rafael Silva López, en nombre y representación de don Landelino, Grupo Gente Vital, S.L. y Dentale Gestión Turia, S.L.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, en nombre y representación de Bankia, S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1. - La procuradora doña Estrella Caridad Vilas Loredó en nombre y representación de la mercantil Grupo Gente Vital S.L. y de don Landelino, formuló demanda de juicio ordinario y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado:

"[...] dicte en su día sentencia por la que:

"1. Se declare la nulidad de las tres operaciones de suscripción de "Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010-1" realizadas el 5 de mayo de 2010, en la oficina núm. 9674 de Caja Madrid de Alcoy (hoy Bakia) por don Landelino, la mercantil Dentale Gestión Turia S.L. y Dentale Gestión Alcoy S.L. que, a su vez, cedió a Grupo Gente Vital S.L. sociedad unipersonal que es quien demanda, las obligaciones adquiridas por aquella, por error invalidante del consentimiento, así como las posteriores operaciones de canje entre subordinadas y acciones Bankia y, en consecuencia:

"a. Se condene a Bankia a estar y pasar por dicha declaración, condenándole a abonar a don Landelino la diferencia entre los 32.999 € invertidos en obligaciones subordinadas de la inversión realizada el 5 de mayo de 2010 y el precio que recibió don Landelino por la venta de las acciones Bankia (11.249,73 €), esto es, 20.750,27 € más los correspondientes intereses legales desde la interpelación judicial, al no ser posible la restitución recíproca de las prestaciones.

"b. Se condene a Bankia a estar y pasar por dicha declaración, condenándole a abonar a Dentale Gestión Turia S.L. la diferencia entre los 125.000 € invertidos en obligaciones subordinadas de la inversión realizada el 5 de mayo de 2010 y el precio que recibió por la venta de las acciones Bankia (43.958,73 €), esto es 81.041,27 € más los correspondientes intereses legales desde la interpelación judicial, al no ser posible la restitución recíproca de las prestaciones.

"c. Se condene a Bankia a estar y pasar por dicha declaración, condenándole a abonar a Grupo Gente Vital S.L. sociedad unipersonal, como sucesora de Dentale Gestión Alcoy S.L., la diferencia entre los 100.000 € invertidos en obligaciones subordinadas de la inversión realizada el 5 de mayo de 2010 y el precio que recibió por la venta de las acciones Bankia (35.891,67 €) esto es 64.108,33 € más los correspondientes intereses legales desde la interpelación judicial, al no ser posible la restitución recíproca de las prestaciones.

"d. Se declare el derecho de mis tres representados a poseer las cantidades abonadas por Bankia como "remuneración" por las obligaciones subordinadas en concepto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

"e. Se condene a la demandada al pago de las costas de este proceso, por su proceder contrario al Ordenamiento Jurídico.

"2. Subsidiariamente, interesamos se declare la responsabilidad contractual por daños y perjuicios derivada del dolo o negligencia en que ha incurrido Bankia, por incumplimiento grave de sus obligaciones legalmente impuestas en la operación de intermediación realizada para las tres suscripciones de "Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010-1" realizadas el 5 de mayo de 2010, y en consecuencia:

"a. Se condene a Bankia a estar y pasar por dicha declaración, condenándole a abonar a don Landelino la diferencia entre los 32.999 € invertidos en obligaciones subordinadas de la inversión realizada el 5 de mayo de 2010 y el precio que recibió don Landelino por la venta de las acciones Bankia (11.249,73 €), esto es, 20.750,27 € más los correspondientes intereses legales desde la interpelación judicial.



"b. Se condene a Bankia a estar y pasar por dicha declaración, condenándole a abonar a Dentale Gestión Turia S.L. la diferencia entre los 125.000 € invertidos en obligaciones subordinadas de la inversión realizada el 5 de mayo de 2010 y el precio que recibió por la venta de las acciones Bankia (43.958,73 €), esto es 81.041,27 € más los correspondientes intereses legales desde la interpelación judicial.

"c. Se condene a Bankia a estar y pasar por dicha declaración, condenándole a abonar a Grupo Gente Vital S.L. -como sucesora de Dentale Gestión Alcoy S.L.-, la diferencia entre los 100.000 € invertidos en obligaciones subordinadas de la inversión realizada el 5 de mayo de 2010 y el precio que recibió por la venta de las acciones Bankia (35.891,67 €) esto es 64.108,33 € más los correspondientes intereses legales desde la interpelación judicial.

"d. Se declare el derecho de mis tres representados a poseer las cantidades abonadas por Bankia como "remuneración" por las obligaciones subordinadas en concepto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

"e. Se condene a la demandada al pago de las costas de este proceso, por su proceder contrario al Ordenamiento Jurídico".

2.- La demanda referenciada fue presentada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia, que la registró con núm. de procedimiento 761/2014 y por decreto de 19 de septiembre de 2014 se admitió a trámite, se ordenó su sustanciación por los trámites de juicio ordinario y se acordó dar traslado a la demandada para contestar a la misma.

3.- La procuradora doña Elena Gil Bayo, en nombre y representación de Bankia S.A., contestó a la demanda y suplicó al juzgado:

"Dicte 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".

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Valencia, dictó sentencia el 3 de julio de 2015 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Desestimar íntegramente la demanda formulada a instancia de don Landelino , Grupo Gente Vital S.L. y Dentale Gestión Turia S.L., contra la mercantil Bankia S.A. y en consecuencia, absuelvo a la demandada de las pretensiones contra ella formuladas.

"No procede hacer imposición de las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Landelino , Grupo Gente Vital S.L. y Dentale Gestión Turia S.L. correspondiendo su resolución a la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que dictó sentencia el 30 de junio de 2016 con el siguiente fallo:

"PRIMERO desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Estrella Caridad Vilas Loredo, en nombre y representación de don Landelino y Grupo Gente Vital S.L. y Dentale Gestión Turia S.L., contra la sentencia n.º 162/2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia en el juicio ordinario seguido con el número 761/2015.

"SEGUNDO confirmar íntegramente dicha resolución

"TERCERO imponer al apelante las costas de esta alzada".

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

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de don Landelino de la mercantil Dentale Gestión Alcoy S.L., con base en un único motivo:

"Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, presentando dicho recurso interés casacional (al amparo del artículo 477.2.3.º LEC).

"Por infracción de los artículos 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), en relación con el artículo 1101 del Código Civil (en adelante Cc) y con la jurisprudencia de la sala 1.ª del Tribunal Supremo, sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia legalmente exigido a las entidades de crédito, en el marco de un servicio de asesoramiento financiero.

2.- La sala dictó auto el 14 de noviembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Landelino , Grupo Gente Vital S.L. y Dentale Gestión Turia S.L., contra la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2016, por la



Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª), en el rollo de apelación n.º 754/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 761/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Valencia.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría".

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de Bankia S.A., manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 19 de marzo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, D. Landelino, Grupo Gente Vital, S.L. y Dentale Gestión Turia, S.L. interpuso demanda contra la entidad Bankia, SA ejercitando acción de anulabilidad por vicio del consentimiento por error de los contratos u orden de compra de obligaciones subordinadas de Caja Madrid 2010 -1, realizadas el día 5 de Mayo de 2010 por el demandante en nombre propio y las otras dos en calidad de administrador de las sociedades, solicitando asimismo la nulidad de la oferta de recompra y suscripción de acciones suscrita el 10 de Marzo de 2012, y en consecuencia, se acuerde la restitución recíproca de las prestaciones que fueron objeto de contrato, condenando a la entidad demandada a su devolución; de forma subsidiaria, para el caso de no estimarse la nulidad, solicita se declare la responsabilidad contractual por daños y perjuicios derivada del dolo o negligencia en que ha incurrido la entidad bancaria por incumplimiento grave de las obligaciones legalmente establecidas con reclamación de las cantidades antes señaladas contra la entidad bancaria.

2.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, indicando en el fundamento de derecho quinto, que "[...]en consecuencia, valorando en su conjunto las circunstancias del actor en la prestación del consentimiento contractual en el producto financiero objeto del presente, la experiencia previa con las participaciones preferentes, y las expresiones contenidas en los documentos 6, 7 y 8 de la demanda, debe concluirse que la lectura de dichos documentos era comprensible para el actor, o al menos era suficiente para generar una duda razonable sobre los riesgos o peligros que entrañaba el producto financiero, dudas que en una persona de la capacidad y formación del actor deberían en su caso haber motivado que el mismo solicitara al Sr. Leandro las aclaraciones de los términos o expresiones no comprensibles para él. No resulta admisible el argumento de la parte actora de que el actor no tenía conocimiento de las características del producto suponiendo estar contratando un producto sin riesgo alguno, desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias, (en palabras de D. Landelino "no se le explicó con claridad meridiana los riesgos") por cuanto como se ha señalado, aún en caso de admitir que no comprendiera totalmente las características y riesgos del producto contratado tras la lectura de los documentos mencionados, el mismo debería haber pedido las aclaraciones oportunas, y más aún cuando el actor pone de relieve que en la gestión de las clínicas dentales existe una necesidad imperiosa de disponer de liquidez permanente y de un "colchón" elevado por la variabilidad de las contrataciones según la época del año; el error en este caso, es imputable a la parte actora que lo ha sufrido porque el mismo dado sus estudios y cualificación profesional pudo ser evitado empleando una diligencia media [...]."

3.- Ante esta resolución, por la representación de la parte demandante se formuló recurso de apelación, alegando como motivos: 1.º) Incorrecta apreciación de la esencialidad y exclusividad del error invalidante y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ámbito del contratación bancaria de productos financieros complejos; 2.º) sobre el pronunciamiento de la acción subsidiaria, para el caso que no estimar la existencia del error invalidante, por responsabilidad contractual de daños y perjuicios del dolo o negligencia en que ha incurrido la entidad de crédito por el incumplimiento de sus obligaciones legalmente impuestas, (artículo 1101 del CC), incurriendo la Sentencia en incongruencia omisiva y vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial que ahora es objeto de recurso, desestima el recurso de apelación confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia. Así, en cuanto a la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento acoge la excepción de falta de legitimación activa por cuanto la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento quedó extinguida por la venta de acciones canjeadas, al suponer la

transmisión a un tercero (Fondo de Garantía de Depósitos) que no es parte en el litigio, deviniendo imposible la recíproca restitución de prestaciones.

5.- Lo relevante para el recurso es la acción de responsabilidad contractual ejercitada contra la entidad bancaria por la defectuosa información proporcionada por ella.

A tal fin la sentencia recurrida contiene, en esencia, la siguiente motivación:

(i) Antecedentes

1º) El día 5 de mayo de 2010 don Landelino , las Sociedades Dentale Gestión Alcoy S.L. y Dentale Gestión Turia S.L., suscribieron obligaciones subordinadas, Caja Madrid 2010-1, por importes de 70.000 € (aunque posteriormente se disminuyó en 38.000 €), 100.000 € y 125.000 €, respectivamente; por resolución de la Comisión Rectora del FROB determinó la compraventa obligatoria de todas las participaciones preferentes e instrumentos de deuda subordinada, destinando su importe a la suscripción de acciones de Bankia de nueva emisión; los actores el 28 de mayo de 2013 procedieron a vender las acciones con el siguiente resultado, obteniendo: don Landelino 11.249,73 €, la Sociedad Gente Vital (que había adquirido los títulos de Dentale Gestión Alcoy S.L.) 35.891 €, y Dentale Gestión Turia S.L., 43.958,73 €; en consecuencia don Landelino sufrió un perjuicio cuantificado en 20.750,27 €, Dentale Gestión Alcoy 64.108,33 €, y Dentale Gestión Turia en 81.041,27 €.

2º) En los test de conveniencia practicados a don Landelino (uno por cada suscripción), éste recibió la calificación de conveniente al haber contestado en la letra "c" todas las preguntas que la compone.

3º) Al momento de la suscripción se le entregó el tríptico resumen.

(ii) Doctrina

Para concretar el cumplimiento de este deber de información, atendiendo a las exigencias legales de la Ley del Mercado del Valores, después de la reforma de 2007, y al R.D. 217/2008, de 15 de febrero, teniendo en cuenta que es esencial tanto atender a la naturaleza del producto financiero ofrecido como a las características del cliente, pues la finalidad de este deber de informar es que aquél ostente un conocimiento suficiente sobre los riesgos de la operación, por ello no pueden darse reglas concretas sino que debe acudir a cada caso concreto. Por ello la información que debe prestarse se circunscribe a los datos apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar, al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes, los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente, la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado, el nivel de estudios, la profesión actual, y en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes (Artículo 74 RD 217/2008), el test de idoneidad habrá de realizarse en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada, "... la entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos..." (SJS de 20 de Enero de 2014).

(iii) Supuesto enjuiciado.

En este análisis, determinada la naturaleza compleja de las obligaciones subordinadas y el contenido del deber de información que debió prestar la demanda al ser el actor un cliente minorista, tanto la documental aportada como la declaración don Leandro , director de la Sucursal del Alcoy que comercializó las obligaciones subordinadas a las mercantiles, constatan la información ofrecida, el testigo explicó que: él llamó por teléfono al demandante ofreciéndole las subordinadas y personalmente se las explicó, aquél examinó la documentación y compró, recalando que el actor no contrataba el mismo día, sino que meditaba la información que le había dado. Con este primer dato deben analizarse las circunstancias personales y profesionales de don Landelino , atendiendo a: su edad, nivel de estudios, profesión ejercida y experiencia financiera, en el momento de suscribir el producto financiero complejo. En la demanda reconoció que se ha dedicado parte de su vida profesional a la explotación de clínicas dentales, reconociendo que tiene estudios empresariales, de hecho es representante de diversas empresas, también demandantes; es un empresario, propietario de dos clínicas dentales, que gestiona a través de sociedades, habiendo ostentado con anterioridad cargos de gestión administrativa en el Hospital Gregorio Marañón. En el ámbito financiero, con anterioridad en el año 2009 había suscrito participaciones preferentes, habiendo sido titular de acciones y fondos de inversión de renta fija y variable. En este sentido el actor, al contestar el interrogatorio explicó que: compró porque se las ofreció el director de la oficina, compró obligaciones subordinadas porque eran más seguras, vendiendo las participaciones preferentes, pero



manteniendo las subordinadas en la creencia de que eran más seguras, conocidos los verdaderos riesgos de estas se informó en la entidad, y decidió vender las participaciones preferentes.

Si atendemos a lo explicado anteriormente y más concretamente a la documentación facilitada, a sus conocimientos académicos, a su profesión de empresario y a la previa inversión en participaciones preferentes, difícilmente puede aceptarse que aquél no tuviese conocimientos de los riesgos que asumía. Ante ello, la Sala, tras valorar de nuevo la prueba practicada, se ve abocada a la desestimación de la petición subsidiaria de los precisara de una exquisita información sobre el producto que adquirió, si bien no era un cliente experto tampoco era un mero minorista "cum pauca inteligencia económica", que precisara de una exquisita información sobre el producto que adquirió, sino que como inversor de determinados productos si que conoció el riesgo en que invertía, con lo que, conforme a la jurisprudencia antes citada, se hace inviable apreciar error alguno en el consentimiento y la falta de información suficiente por la entidad demandada, pues le proporcionó la que era precisa y necesaria para la suscripción de las obligaciones en cuestión, conforme se ha constatado de la prueba antes expuesta, máximo cuando no estamos ante un ignorante en materia económica y financiera dado el negocio que tenía.

6.- La sentencia de la Audiencia Provincial es recurrida en casación por la demandante, D. Landelino , Grupo Gente Vital, S.L. y Dentale Gestión Turia, S.L.

Dicho procedimiento fue tramitado en atención a una cuantía inferior a los 600.000 euros por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC .

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación, se articula en un único motivo en el que no se impugna el pronunciamiento relativo a la falta de legitimación activa de la demandante para el ejercicio de la acción de anulación por vicio del consentimiento sino únicamente la desestimación de la acción de responsabilidad contractual. En concreto, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , en relación con el artículo 1101 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 13 de julio de 2015 , 10 de julio de 2015 y 18 de abril de 2013 , relativas a los deberes de información de las entidades bancarias en el ámbito de la acción de responsabilidad contractual.

A lo largo del motivo la parte recurrente alega la infracción de la mentada doctrina por cuanto la parte demandante tiene la condición de minorista, que el hecho de ser empresario no implica tener conocimientos financieros ni que la entidad bancaria pueda reducir o eliminar su obligación de informar de forma clara y precisa sobre la naturaleza del producto y sus riesgos, que si bien se realizó un test de conveniencia no se hizo el test de idoneidad, contratando a instancias de las recomendaciones dadas por el director de la oficina bancaria, hechos todos ellos que demuestran la falta de diligencia y de cumplimiento de sus obligaciones por la entidad bancaria.

7.- La sala dictó auto el 14 de noviembre en el que acordó admitir el recurso de casación que se había interpuesto.

Tras el oportuno traslado, la parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso en el que alegó, con carácter previo su inadmisibilidad por falta de interés casacional.

Como esta cuestión se encuentra estrechamente relacionada con la del fondo de la respuesta que dé la sala, será entonces cuando se aprecie si el mencionado interés, que provisoriamente se ha apreciado, concurre o no.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

1.- La sentencia recurrida, en sintonía con la dictada en la primera instancia, que es más detallada y de fácil comprensión, parte de que las obligaciones subordinadas contratadas son producto de inversión complejo de alto riesgo, así como de la exigencia del deber de información, atendiendo a las exigencias de la Ley de Mercado de Valores, tras la reforma de 2007 y al Real Decreto 217/20008 de 15 de febrero.

Este deber reconoce que es esencial para que el cliente ostente conocimiento suficientes sobre los riesgos de la operación.

Para ello habrá de acudirse a cada caso concreto.

2.- Descendiendo al caso de autos, y partiendo de la naturaleza compleja de las obligaciones subordinadas y del contenido del deber de información, al ser el actor un cliente minorista, concluye la sentencia recurrida que sí existió información suficiente.

Habrà que analizar la *ratio decidendi* , y si la misma contradice o no la doctrina de la sala.



3.- En primer lugar la infiere de la documental aportada y de la testifical del señor Leandro , director de la sucursal que ofreció al actor, como asesoramiento, y comercializó las obligaciones subordinadas contratadas.

Aquel llamó por teléfono al demandante para ofrecérselas y se las explicó, y el demandante examinó la documentación y compró y, según el señor Leandro , no en el mismo día sino que meditó la información recibida.

Esto, objetivamente, es lo que consta en cuanto al deber de información y su cumplimiento.

En materia de productos financieros complejos la sentencia 335/2017, de 25 de mayo , afirma lo siguiente:

"La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, 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. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

"Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). 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 (que ya estaba en vigor cuando se firmó el contrato litigioso y sustituyó al 629/1993, invocado en el recurso), establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión 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.

"Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (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, puesto que 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 consistía 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).

"Aunque referido a contratos de swap viene afirmando esta sala (sentencia 195/2016, de 29 de marzo, con cita de otras anteriores ; 11/2017, de 13 de enero , y 132/2017, de 27 de febrero) que "no cabe entender suplida el deber de información por el contenido del propio contrato."

"Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencias 692/2015, de 10 de diciembre , y 195/2016, de 29 de marzo).

"Hemos afirmado la ineficacia de menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (sentencia 11/2017 de 13 de enero).

"Es precisa una información clara y terminante al cliente, por parte del banco, de los riesgos de la operación, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en el contrato litigiosos."

Por tanto, no consta esa información precisa que exige la legislación citada y la jurisprudencia mencionada a salvo la mera manifestación del director de la sucursal que asesoró al demandante y comercializó el producto contratado y sin que pueda tenerse como suficiente por el simple contenido del contrato.



Como afirma la sentencia 515/2018, de 20 de septiembre, que, aunque relativa a error vicio se conecta con el deber de información. "En este caso, no consta que se informara al cliente sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en el art. 79 bis LMV y en el RD 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. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor del cliente, o que se considerase si la inversión en obligaciones subordinadas era adecuada a dicho perfil.

"En efecto, en la documentación obrante en las actuaciones (órdenes de compra y tríptico informativo) únicamente se contiene una advertencia sobre la posposición del crédito del adquirente en caso de insolvencia de la emisora, pero no consta que se advirtiera al Sr. Jose Enrique de los riesgos de falta de liquidez, ni de la posibilidad de pérdida de la inversión."

Consecuencia de lo expuesto y, constatado ese déficit de información, es que se habrá de indagar sobre el perfil del cliente, para apreciar si, a pesar de ser minorista, reúne condiciones, como confirma la Audiencia, para considerarlo suficientemente informado.

4.- La sentencia recurrida retiene como dato relevante al efecto que el demandante tiene estudios empresariales y que es empresario, propietario de clínicas dentales, que gestiona a través de sociedades, así como que había desempeñado cargos de gestión administrativa en el hospital Gregorio Marañón.

Tiene sentado la sala (sentencia 51/2009, de 24 de enero) que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros, hasta el punto de no considerarse relevante que fuese asesor fiscal (sentencia 11/2017, de 13 de enero entre otras).

Por tanto ese dato del perfil del cliente es contrario a la doctrina de la sala.

5.- De este modo todo se circunscribe a sus antecedentes en el ámbito financiero.

Que hubiese adquirido acciones no es sintomático, pues no cabe calificar esa adquisición como inversión en producto financiero complejo.

Tampoco puede serlo el hecho de haber adquirido con anterioridad participaciones preferentes pues si a causa de la alarma mediática sobre el riesgo de ellas, acudió a la sucursal bancaria a fin de desprenderse de ellas, lo que finalmente consiguió, a pesar de recibir inicialmente consejos en contra por parte del director, no tiene sentido que este le ofreciese obligaciones subordinadas, producto también complejo y de riesgo, cuando le constaba las reticencias del adquirente a riesgos de inversión.

Ni siquiera se le realizó un test de idoneidad.

6.- Por tanto, y por todo lo expuesto, se puede concluir que no medió una información transparente según la legislación citada y doctrina de la sala; por lo que el recurso ha de estimarse.

Ha quedado acreditado el interés casacional.

7.- Por casar la sentencia recurrida, se asume la instancia, y al obrar así se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la primera instancia.

A causa de tal estimación parcial del recurso de apelación, se estima la petición subsidiaria del suplico de la demanda contenida en el ordinal 2.º de éste.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se imponen las costas del recurso de casación a las partes recurrentes.

No se hace expresa condena en costas en ninguna de las instancias en aplicación de los preceptos citados.

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 la representación procesal de don Landelino, Grupo Gente Vital, S.L. y Dentale Gestión Turia, S.L., contra la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Valencia, sección undécima, en el rollo de apelación n.º 754/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 761/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Valencia.



2.º- Casar la sentencia recurrida y, al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, revocar parcialmente ésta y estimar la pretensión subsidiaria de la demanda en los términos que aparecen en el ordinal 2.º del suplico de ésta.

3.º- No se imponen a las partes recurrentes las costas del recurso de casación.

4.º- No se hace expresa condena de las costas causadas en ninguna de las instancias.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ