



Roj: **SAP C 817/2016 - ECLI:ES:APC:2016:817**

Id Cendoj: **15030370052016100124**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **04/05/2016**

Nº de Recurso: **313/2015**

Nº de Resolución: **131/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ELENA CALLEJA CURROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00131/2016**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION QUINTA**

**A CORUÑA**

**Rollo: 313/2015**

**Proc. Origen:** Juicio ordinario núm. 437/2013

**Juzgado de Procedencia:** 1ª Instancia núm. 9 de A Coruña

**Deliberación el día: 27 de abril de 2016**

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

**SENTENCIA Nº 131/2016**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

JULIO TASENDE CALVO

CARLOS FUENTES CANDELAS

ELENA CALLEJA CURROS

En A CORUÑA, a cuatro de mayo de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación civil número 313/2015, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de A Coruña, en Juicio ordinario núm. 437/2013, siendo la cuantía del procedimiento 50.000 euros, seguido entre partes: Como APELANTE: BANKINTER S.A., representada por la Procuradora Sra. SANCHEZ SILVA; como APELADO: DON Alberto , representado por el Procurador Sr. RODRIGUEZ SIABA.- Siendo Ponente la Ilma. Sra. DON ELENA CALLEJA CURROS.

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de A Coruña, con fecha 22 de diciembre de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

*"Que estimando la demanda interpuesta por Alberto contra BANKINTER S.A., por lo expuesto en los fundamentos de derecho, debo declarar la nulidad del contrato litigioso de fecha 14.02.2008 concertado entre las partes, condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 45.008,52 euros.*

*En cuanto a intereses y costas, se está a lo dispuesto en el último fundamento de derecho"*



**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de BANKINTER S.A. que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 27 de abril de 2016, fecha en la que tuvo lugar.

**TERCERO.-** En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución apelada en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen,

### PRIMERO.- RESUMEN DE ANTECEDENTES

Con carácter previo a la resolución de las cuestiones planteadas en el recurso debemos partir de una breve referencia a los hechos más relevantes acreditados en la instancia y al desarrollo del proceso.

El Sr. Alberto , administrador y socio de KABAT S.L., y cliente desde hacía años de Bankinter S.A., fue incluido en el segmento de Banca Privada de la referida entidad. Recibió un correo de bienvenida de fecha 11 de febrero de 2008 en el que se le asignaba un gestor personal.

El 14 de febrero de 2008 suscribió con Bankinter una orden de compra de un producto de inversión consistente en un bono estructurado denominado "Bono Fortaleza", por importe de 50.000 euros, con fecha valor el 15-02-2008 y fecha de vencimiento el 18-02-2016 (4). La compra del bono se materializó el 15-02-2008.

El emisor de este bono era Lehman Brothers Treasury Co B.V., (en adelante, Lehman Brothers). Las agencias internacionales de "rating" le habían otorgado una calificación alta en el momento de la contratación, en concreto, A1/A+/AA-.

La rentabilidad del producto se vinculaba al comportamiento de las acciones de ING y Deutsche Bank durante el periodo antes mencionado, fijándose en la fecha de vencimiento el importe del reembolso. El rendimiento consistía en un cupón de un 25 % anual acumulativo siempre que las dos acciones se encontrasen por encima de su precio inicial, calculado en el momento de la contratación y no se hubiese producido ningún supuesto de cancelación anticipada.

No consta la entrega al actor del folleto informativo del Bono Fortaleza. Bankinter no le realizó un previo test de idoneidad ni de conveniencia.

Tras la quiebra de Lehman Brothers, la gestora personal de Banca Privada de Bankinter envió un correo al actor, en octubre de 2008, ofreciéndole representación en el proceso concursal.

La parte demandante presentó reclamación al Departamento de Atención al cliente de Bankinter con fecha de entrada de 27 de febrero de 2009.

Posteriormente, el 15 de junio de 2009, presentó reclamación ante la CNMV.

En la demanda instada por el Sr. Alberto , presentada en el Juzgado en fecha 29 de mayo de 2013, se ejercitaba con carácter principal una acción de nulidad del contrato de adquisición del bono fortaleza, por error vicio del consentimiento; Subsidiariamente, se ejercitaba una acción de incumplimiento contractual, con solicitud de indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia dictada en primera instancia considera aplicable al caso la redacción de la Ley de Mercado de Valores (LMV, en adelante), tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorpora la normativa MIFID. Invoca las SSTS de 20 de enero de 2014 y de 10 de septiembre de 2014 , respecto a los requisitos del error vicio y los deberes de información que recaían sobre la entidad financiera y concluye, con estimación de la acción principal, que existió un error invalidante del consentimiento en el momento de la contratación, declarando la nulidad del contrato litigioso y condenando al banco a indemnizar al demandante en la cantidad de 45.008,52 euros más los intereses legales desde la fecha de formalización de la inversión, tras deducir lo recibido durante el curso del procedimiento correspondiente al proceso de liquidación de Lehman Brothers.

### SEGUNDO.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DEBATIDA

Frente a la sentencia de instancia plantea recurso de apelación la representación procesal de la entidad Bankinter S.A., interesando que se dicte nueva sentencia por la que se revoque la de instancia y se desestime la demanda. Fundamenta su recurso, en primer lugar, en la infracción de las normas y garantías procesales



por indebida aplicación del art. 1301 CC , que establece la caducidad de la acción ejercitada por el transcurso de cuatro años.

En segundo lugar, impugna por incorrecta la valoración de la prueba efectuada. Resumidamente, se realizan al respecto las siguientes alegaciones:

Error en la determinación de la relación jurídica existente entre las partes. Inexistencia de servicio de asesoramiento. No se realizó una recomendación personalizada. La gestora de banca privada se limitó a mostrar una amplia gama de productos para que el actor decidiera en qué quería invertir. No resulta aplicable al contrato de autos la normativa MIFID por lo que no era obligatorio la realización del test de idoneidad ni la obligación de disponer de toda la información necesaria sobre el cliente.

Don Alberto es administrador único de una mercantil con un importante volumen. Tenía experiencia inversora como se deducía de sus conversaciones. Se interesó por unas participaciones preferentes para su padre y por una inversión ETFs referenciadas al oro considerada especulativa.

El banco proporcionó una información suficiente y completa sobre las características y riesgos del bono fortaleza. Además de las exhaustivas explicaciones verbales, el actor tuvo a su disposición, con carácter previo a la contratación, tanto la ficha comercial como la orden de compra, documentos en los que se indican las características del producto y se advierte expresamente de su riesgo.

De existir error no tendría eficacia invalidante, pues sería inexcusable. La sentencia establece erróneamente que los contratos eran negociados con el director financiero y no con el administrador, pero realmente éste era quien firmaba.

La operación comportaba el riesgo de crédito inherente a toda inversión. Yerra la sentencia en considerar que no había un garante. Era Lehman Brothers Holding Inc, pero se produjo una inesperada quiebra tanto del emisor como del garante.

La representación procesal del Sr. Alberto solicitó la desestimación del recurso y la confirmación del fallo de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

**TERCERO.- SOBRE LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS Y GARANTÍAS PROCESALES POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 1301 CC**

Se reitera en la alzada la excepción de la caducidad de la acción de anulabilidad, por exceso del plazo legal del artículo 1301 del Código Civil . La sentencia apelada, en su fundamento de derecho segundo, difiere la consumación contractual a la fecha de vencimiento del bono, 2016, por lo que rechaza la caducidad de la acción.

Sostiene la apelante, por un lado, que el contrato cuya nulidad se postula constituye un contrato de comisión mercantil que debe entenderse consumado en el momento en el que Bankinter ejecuta el mandato de compra, en este caso, el 15 de febrero de 2008.

Por otro lado, aunque el cómputo del plazo de cuatro años se realizase desde que se tuvo conocimiento del error, según la recurrente, la acción también debe entenderse caducada, pues el "dies a quo" debe fijarse el 23 de octubre de 2008, fecha del correo electrónico enviado al Sr. Alberto ofreciéndole que el banco lo representase en el procedimiento concursal, tras la quiebra del emisor.

Pues bien, deberá confirmarse la desestimación de la excepción de caducidad invocada. Sin perjuicio de que, como desarrollaremos en posterior fundamento, nos encontramos ante un asesoramiento de inversión financiera y no ante una simple actuación de intermediario o comisionista, en cuanto al cómputo del plazo, nos remitimos a las sentencias de esta misma sección de 5/5, 23/7 , 29/10 , 4/11 , y 7/12/2015 , entre otras (también las de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de 1/9 y 29/12/2014 , etc) que establecen:

*"En primer lugar, la calificación del plazo establecido en el art. 1301 del CC como un término de caducidad y no de prescripción no responde a un criterio firme y consolidado en la doctrina jurisprudencial, ya que, si bien la postura favorable a la caducidad parece tener amparo en algunas resoluciones, hay otras que, decidiendo de forma explícita la cuestión, afirman claramente que la acción de anulabilidad está afectada por un plazo que es de prescripción y no de caducidad ( SS TS 25 abril 1960 , 28 mayo 1965 , 28 octubre 1974 , 27 marzo 1987 , 23 octubre 1989 , 27 febrero 1997 , 1 febrero 2002 , 3 marzo 2006 , 9 mayo 2007 y 30 noviembre 2008 ), siendo por ello susceptible de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor ( SS TS 14 mayo 1955 , 27 marzo 1989 y 8 abril 1995 ).*

*La consideración del término previsto en el art. 1301 del CC como un plazo de prescripción obliga a interpretar esta norma, a los efectos de determinar su cómputo, en relación con el art. 1969 del CC , que sitúa el día inicial para contar el plazo en el día en que pudo ejercitarse la acción, lo cual implica que su titular tenga conocimiento*



suficiente de la causa de nulidad, como ocurre precisamente en otros supuestos del art. 1301 del CC . Esto nos lleva a concluir que el momento inicial para el cómputo de la acción de anulabilidad contractual por error en el consentimiento es aquél en el cual, una vez producida la consumación del contrato, cabe apreciar que el sujeto ha alcanzado un conocimiento suficiente de todas las consecuencias del contrato y del error padecido, pues, por más que tal cognoscibilidad deba presumirse existente al consumir el contrato, puede haber circunstancias concurrentes que hagan especialmente difícil y dilaten en el tiempo la conciencia del error.

Respecto a la consumación del contrato, es reiterada la jurisprudencia que distingue entre perfección y consumación, señalando que la consumación contractual solo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las obligaciones de ambas partes y realizadas sus respectivas prestaciones ( SS TS 24 junio 1897 , 20 febrero de 1928 , 4 mayo 1945 , 11 julio 1984 , 27 marzo 1989 , 11 junio 2003 , 18 julio 2006 y 12 enero 2015 ), como sucede en la compraventa con la entrega de la cosa por el vendedor y el pago íntegro del precio por el comprador ( SS TS 5 mayo 1983 , 28 febrero 1996 , 16 mayo 2006 y 14 mayo 2010 ).

En similar sentido se pronuncia la reciente STS de 25 de febrero de 2016, Rec. 2578/2013 , que analizando, entre otros, un producto estructurado de carácter financiero, dispone que "hemos establecido en sentencias de esta Sala 489/2015, de 16 de septiembre y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , que en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error» .

De acuerdo con la tesis expuesta, en casos de adquisición de bonos estructurados, la consumación del contrato ha de situarse cuando quedan cumplidas y ejecutadas todas las prestaciones recayentes sobre ambas partes, siendo en este caso un producto financiero con un vencimiento a los ocho años de la adquisición, momento del cálculo de la rentabilidad final de la operación, salvo supuesto de cancelación anticipada, que aquí no tuvo lugar. En cualquier caso, aunque considerásemos que la consumación se produjo antes, el demandante no pudo tener completa y suficiente conciencia del producto contratado hasta que reiteró ante la CNMV la solicitud de entrega por la entidad bancaria del folleto informativo completo del producto, 15 de junio de 2009, (f 94 de las actuaciones), de lo que igualmente se desprende que al tiempo de presentación de la demanda, el 29 de mayo de 2013, había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción.

#### CUARTO.- CARACTERIZACIÓN DEL PRODUCTO CONTRATADO. NORMATIVA APLICABLE

Para una mejor comprensión del objeto del litigio, resulta procedente analizar la naturaleza y características de este producto financiero. Los bonos estructurados constituyen instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, consistentes en bonos emitidos por una tercera entidad (Lehman Brothers Treasury Co, en este caso), que es quien recibe el dinero entregado por el inversor. Su rentabilidad se vincula a la evolución en el mercado de unos valores subyacentes, que en esta litis eran acciones de ING y Deutsche Bank, empresas distintas de la entidad emisora.

En el caso de autos se trataba de un bono con un plazo de amortización de ocho años, autocancelable en determinadas circunstancias, sin capital garantizado. La recuperación de las cantidades invertidas dependía no sólo de la evolución del valor subyacente sino también de la solvencia del emisor del bono. El riesgo de insolvencia del emisor no estaba cubierto por ningún fondo de garantía.

La operación litigiosa viene incurso en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, pues el art. 2 , incluso con anterioridad a la reforma de dicho precepto operada por la Ley 47/2007, ya calificaba como productos financieros los contratos financieros a plazo que estuvieran referenciados a un subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquidaran y aunque no fueran objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

La cuestión relativa a la concreta normativa aplicable al caso de autos, en que el producto fue adquirido después de haber entrado en vigor la Ley 47/2007, y con ella el art. 79 bis LMV, pero dentro del periodo de seis meses previstos en la disposición transitoria primera de dicha Ley , ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en Sentencias 398/2015, de 10 Julio 2015, Rec. 2503/2013 y 397/2015 de 13 Julio de 2015, Rec. 2140/2013 . Ambas resoluciones, relativas a bonos estructurados suscritos en fecha 15 de febrero de 2008, concluyen que la entidad que prestaba servicios de inversión debía haber adaptado sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en la Ley 47/2007, de modo que el periodo transitorio no podía afectar a las garantías de información que se reconocen al inversor si no



tiene la consideración de inversor profesional, declarando exigibles los deberes de información básicamente regulados en el apartado 3 del art. 79 bis LMV .

En estas resoluciones, que tratan un bono estructurado prácticamente idéntico al aquí analizado, Bono Fortaleza suscrito con Bankinter, se argumenta que en la indicada fecha " *las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros ( Markets in Financial Instruments Directive ), denominada MiFID, ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .*

*Todavía no había entrado en vigor el RD 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación, pues, aunque data del mismo día 15 de febrero de 2008, no fue publicado en el BOE hasta el día siguiente.*

*Según la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre : «las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses pone de manifiesto que no eran tales, sino productos financieros derivados, que combinaban un depósito con otro producto subyacente (acciones o tipos de interés) a cuya fluctuación quedaba condicionada la rentabilidad final de la operación a partir de la entrada en vigor de esta Ley ».*

*En la Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre , interpretamos esta disposición transitoria en relación con los deberes de información previstos en el apartado 3 del art. 79 bis LMV, en el siguiente sentido:*

*«Es obvio que la reforma operada por la Ley 47/2007 exigía una adaptación de la normativa interna de las entidades que prestan servicios de inversión, así como de sus programas de actividades, para lo cual se concedía el plazo de seis meses, con los efectos administrativos correspondientes. Esto afectaba esencialmente al cumplimiento de los nuevos requisitos de organización interna de las entidades, y a las obligaciones establecidas en los arts. 79 bis (información), 79 ter (Registro de contratos), 79 sexies (gestión y ejecución de órdenes) y 59 bis (comunicación de operaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores), sólo en la medida en que requirieran una modificación de los programas de actuación.*

*»De modo que el periodo transitorio no podía afectar a las garantías de información que se reconocen al inversor si no tiene la consideración de inversor profesional [...].*

*»[...] al margen de los soportes documentales por medio de los cuales se dejara constancia de ello, eran exigibles los deberes de información básicamente regulados en el apartado 3 del art. 79 bis LMV, para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales a la prestación de estos servicios de inversión.»*

La doctrina expuesta trasladada a la materialidad de recabar los test de conveniencia o idoneidad, según estas resoluciones, " *se traduce en que la entidad que prestaba estos servicios de inversión debía cumplir con los deberes inherentes a la realización de estos test*".

#### QUINTO.- ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Denuncia la recurrente que la sentencia de primera instancia incurre en error en la valoración de la prueba, aportando distintos argumentos a través de los cuales se pretende impugnar la conclusión alcanzada por el Juzgado a quo relativa a que el actor incurrió en error invalidante del consentimiento al contratar el producto litigioso. Analizaremos la prueba a la luz de la normativa y jurisprudencia aplicable al caso.

##### *Perfil del actor.*

El demandante tenía 51 años en el momento de la contratación. No consta que tenga estudios superiores ni financieros y es administrador y socio de una sociedad limitada dedicada a la comercialización de pescado y marisco. En la ficha del cliente de Bankinter obrante en autos no se hace ninguna referencia a su formación (f 127).

No consta que hubiese suscrito con anterioridad al producto litigioso otros productos de alto riesgo. El hecho de que su empresa tuviese un volumen considerable o que se hubiese interesado por unas participaciones preferentes para su padre y por una inversión referenciada al oro, en modo alguno permite calificarlo de un experto inversor.

La Sentencia de esta Audiencia Provincial, Sección 4ª, de 24 de febrero de 2016, establece al respecto que "ha declarado la jurisprudencia que no bastan los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de ciencias empresariales o económicas, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable ( SSTS 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre y



26 y 27/2016, de 4 de febrero ) - casos referentes a swap, pero cuya doctrina es perfectamente extrapolable a los productos litigiosos, no habituales y, por lo tanto, poco conocidos en el mercado, complejos y de elevado riesgo-

De nuevo se insiste en tal doctrina en la reciente STS 60/2016, de 12 de febrero, en la que se afirma: "No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos".

En consonancia con los anteriores razonamientos, que impiden deducir que el actor posea especiales conocimientos económicos y financieros que le permitan comprender por sí mismo el producto adquirido, la CMNV, en su informe de 6 de mayo de 2010, afirma que " se puede concluir que se produjo una información incorrecta por parte de Bankinter a la hora de determinar si el reclamante tenía los conocimientos y experiencia necesarios para comprender las características y los riesgos inherentes a los productos contratados. En concreto, se ha demostrado que carecía de experiencia previa en inversiones con este tipo de activos y que a la entidad no le constaba que tuvieran conocimientos sobre la naturaleza y riesgos de los bonos estructurados " (f 137) .

#### Servicio de asesoramiento

En nuestra sentencia de 7/12/2015 ya disponíamos que "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no siempre es fácil, pues no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente (apartado 53 de STJUE de 30/5/2013, caso Genil 48, C-604/2011 ), y tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir el producto realizada por la entidad financiera al cliente inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público (apartado 55)". También las STS de 7 y 8/7/2014 .

En el caso de autos, coincidimos con el Juez a quo, como ya apuntábamos en anterior fundamento, en que nos encontramos ante la prestación de servicios de asesoramiento de inversión financiera. Así resulta no sólo de los términos literales de la orden de compra (doc.nº4) y del correo de bienvenida a la Banca Privada de Bankinter datado el 11 de febrero de 2008 (doc.nº2), sino por lo acreditado en la instancia, en que se admitió tanto por el Director de la oficina de empresas de Bankinter en A Coruña en el momento de la contratación, como por la Gestora personal de Banca privada, que ambos se habían personado por iniciativa propia en la sede de KABAT y le habían ofrecido al actor la posibilidad de entrar a formar parte de la división de Banca Privada de Bankinter, dado su patrimonio, así como la adquisición del bono fortaleza, si bien alegando que le fue ofrecido dentro de una parrilla de productos.

Tal como establece la aludida STS de 25 de febrero de 2016 " no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. 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, lo que ocurrió en este caso, a la vista de las declaraciones testificales.

La CNMV, en la misma línea, considera acreditado, con independencia de que no hubiera quedado formalizada contractualmente, que se estableció una relación jurídica de asesoramiento en materia de inversión, dada la existencia de indicios claros de que pudo prestarse un servicio que trascendería de la mera comercialización y conllevaría la definición de una propuesta de inversión personalizada(f 134).

#### Sobre el alcance del deber de recabar los test de conveniencia e idoneidad en el caso de autos

Las SSTs 398/2015, de 10 Julio 2015, Rec. 2503/2013 y 397/2015 de 13 Julio de 2015, Rec. 2140/2013 , con cita a su vez de la STS 716/2014, de 15 de diciembre , condensan la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información y de los test de conveniencia e idoneidad, diferenciando dos supuestos:

*En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia , regulado en el art. 79bis. 7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero .*

*En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad , regulado en el art. 79bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero .» ...De este modo, el art. 79 bis. 6 LMV no sólo impone a quien presta servicios de*



*asesoramiento financiero el deber de recabar la información necesaria para elaborar el perfil inversor del cliente minorista, « con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan », sino que, además, prescribe que mientras no obtenga esta información, « no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ».*

Por tanto, en el caso del test de idoneidad, la entidad bancaria debía haberse cerciorado de que la inversión recomendada se adecuaba al perfil inversor del cliente, lo que exigía previamente dejar constancia de él y ello aún en febrero de 2008, como establecen las citadas resoluciones.

Consta acreditado en la instancia, sin embargo, que la entidad demandada no elaboró el test de idoneidad ni el perfil inversor del demandante para poder justificar que la recomendación de inversión realizada (bono fortaleza) fuese la más adecuada o conveniente para él. La propia gestora personal de banca privada confirmó en la vista que cuando le ofrecieron los productos al Sr. Alberto carecían de datos sobre él y desconocían su perfil inversor. Estos deberes inherentes al test de idoneidad no pueden entenderse cumplidos por el hecho de que en la orden de adquisición, como aquí ocurre, apareciera la mención genérica " *El Cliente reconoce que ha sido asesorado sobre el riesgo del Producto y sobre si la inversión en este Producto es adecuada para su perfil de inversión. Asimismo, el Cliente declara que ha leído las condiciones del contrato y entiende los términos y riesgos del Producto* " (f 36).

#### *Deberes de Información*

La sentencia apelada concluye que la entidad demandada incumplió su obligación de proporcionar al actor una información suficiente y completa sobre las características y riesgos del producto, lo que derivó en un error en el consentimiento prestado. En concreto, considera acreditado que aunque fue informado de algunos riesgos que conllevaba la operación ni se le advirtió sobre el riesgo de pérdida del capital invertido ante la insolvencia del emisor ni que no existía un fondo de cobertura que garantizase esta situación, que fue lo que finalmente aconteció, extremos que tampoco se reflejaban en la orden de compra.

No se cuestiona en el recurso que el producto adquirido por el Sr. Alberto es complejo y de alto riesgo ni que aquél ostenta la condición de cliente minorista, con lo que dada la asimetría convencional con la que se contrata, se exige una especial diligencia en la obligación de informar por parte de la entidad demandada.

Con relación al derecho de los **consumidores** de recibir información sobre los diferentes productos y servicios ofertados, así como la obligación de las empresas, personas o entidades que actúan en el mercado de valores de proporcionar al cliente información relevante para la adopción de decisiones de inversión y de actuar con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, la sentencia de esta sección de 5 de mayo de 2015, Rec. 198/2014, establecía:

*" ...Como señala la jurisprudencia más reciente, la citada normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una importancia especial al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, obligando a las empresas que operan en este mercado a observar unos estándares muy altos en la información completa y comprensible que han de dar a los clientes, potenciales o efectivos, lo cual es indicativo de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, o relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores, en orden a la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado, irrelevantes como tales para la apreciación del error invalidante, sino que tienen carácter esencial, al proyectarse sobre la sustancia, cualidades o condiciones del objeto del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se negocia, o las garantías existentes frente a su insolvencia, que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos que lleva aparejados a la inversión que se realiza ( STS 12 enero 2015 ).*

*También se ha destacado el hecho de que en este tipo de contratos la empresa que presta los servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación, transmitiendo de forma adecuada la información procedente, en el marco de las negociaciones con sus clientes, según proclama el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, de modo que la información precisa y completa sobre el producto o servicio contratado y sus riesgos ha de ser suministrada, por la empresa al potencial cliente no profesional, ya cuando lo promueve u oferta y con bastante antelación, respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que éste pueda formar adecuadamente su voluntad, lo que no se cumple cuando tal información solo se facilita en el mismo acto de la firma del documento contractual, y además inserta en una reglamentación contractual, por lo general extensa, de lo que se deriva que las obligaciones en materia de información impuestas por la legislación con carácter precontractual no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la celebración del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al **consumidor**, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable ( S TJUE 18 diciembre 2014 y SS TS 10 septiembre 2014 y 12 enero 2015 ).*



Por la misma razón, no se consideran relevantes las menciones contenidas en estos contratos y predisuestas por la entidad bancaria, en las que se declara que el cliente ha sido informado de las características del producto, tiene los conocimientos necesarios para comprenderlas y acepta expresamente el riesgo de la inversión realizada, las cuales se revelan como fórmulas vacías de contenido real cuando resultan contradichas por los hechos que evidencian el verdadero estado de conocimiento del **consumidor**, considerando que la normativa que exige ese elevado nivel de información resultaría inútil si para cumplir sus exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas, y predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente (S TJUE 18 diciembre 2014, y SS TS 18 abril 2013 y 12 enero 2015 ). Esta misma jurisprudencia señala que la obligación de información que establece la legislación del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas, ya que, sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional y debe poder confiar en que la entidad que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

Incide en la necesidad de que la información facilitada deba hacerse " con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida ", la STS 26/2016, de 4 de febrero .

La consecuencia de todo ello es, según la STS 25-02-2016 , 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.

#### *Error vicio del consentimiento*

Sobre la cuestión del error como vicio del consentimiento contractual, hemos tenido ocasión de pronunciarnos en Sentencias de 19/03/15 y 7/12/2015 , entre otras, que disponen:

*Cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fue equivocada o errónea. ( STS de 18/2/1985 , 29/3/1994 , 28/9/1996 , 21/5/1997 , 12/11/2010 , 21/11/2012 , 29/10/2013 , 20/1/2014 , 12/1/2015 , entre otras).*

*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, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias ( STS de 29/10/2013 , 20/1/2014 , 12/1/2015 ).*

*Se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del negocio jurídico, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento ( STS de 29/10/2013 , 20/1/2014 ).*

*El artículo 1266 del Código Civil y la jurisprudencia requieren para el error como vicio del consentimiento contractual que sea esencial (recaer sobre la sustancia de la cosa que conforma su objeto) y excusable (no sea imputable a la diligencia de la persona que lo padece).*

*El error es sustancial cuando "la cosa carezca de algunas condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste" ( STS de 17/7/2006 , 12/11/2010 , 21/11/2012 y 6/6/2013 , entre otras). Desde una perspectiva causal cuando fue determinante a la hora de comprometerse contractualmente. Y así la STS de 29 de octubre de 2013 proclama que el error debe "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". También la STS (Pleno) de 12 de enero de 2015 .*

*Y en principio, quien contrata soporta el riesgo de que se cumplan o no sus expectativas contractuales, o dicho de otra forma que sean acertadas o no las representaciones que se hizo sobre las circunstancias con respecto a las cuales decidió obligarse.*

*El requisito de la excusabilidad del error no se menciona expresamente en el artículo 1266, pero cabe deducirlo, como hace doctrina y jurisprudencia, de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último*





consagrado en los artículos 7 y 1258 del Código Civil . La excusabilidad habrá de ser apreciada ponderando las circunstancias que concurran en el caso. Para que invalide el consentimiento el error no puede ser atribuido a negligencia de la parte que lo alega ( STS de 4/10/2012 y las citadas en ella, entre otras).

La disculpabilidad del error puede también relacionarse con el comportamiento contractual de la otra parte contratante, ya cuando el error es provocado por hecho propio de ésta o mediante dolo, ya cuando fácilmente pudo conocer que el otro actuaba equivocadamente y no hizo nada para rescatarle de esa situación conforme a la buena fe, o ya cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no la omitió o lo hizo de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando el error de la contraparte.

Hoy en día alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva o protectora, a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, y posibilitar de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

La naturaleza de determinados negocios jurídicos, máxime cuando se trata de productos financieros complejos y de riesgo, exige que el cliente bancario disponga de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre. Estos deberes de información, ya sean legales o provenientes de la buena fe objetiva, tienen una influencia decisiva a la hora de apreciar la imputabilidad del error (confianza provocada).

Por tanto, la excusabilidad habrá de ser apreciada ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico en general, frente a quien carece de tales conocimientos, ocupando una posición débil, que le hace merecedor a una indiscutible protección jurídica.

En situaciones como las expuestas tanto el legislador comunitario como nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, le interesa que los contratantes alcancen especial conocimiento de las obligaciones y riesgos que asumen, pretendiendo equilibrar situaciones de verdadera asimetría convencional...

La STS (Pleno) de 12 de enero de 2015 dispone que: "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".

Se aprecia, en definitiva, error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte o cuando se ha inducido de alguna forma a error a quien impugna el contrato ( STS de 14/6/1943 , 26/10/1981 , 23/11/1989 , 14/2/1993 , 14 y 18/2/1994 , 28/9/1996 , 6/2/1998 ).

Es importante añadir que la jurisprudencia admite que un defecto de información adecuada puede dar lugar al error vicio ( STS de 29/10/2013 , 20/1/2014 ) o permite presumirlo ( STS Pleno de 12/1/2015 ).

La STS de 7 de julio de 2014 lo refrenda: "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente ".

La STS (Pleno) de 12 de enero de 2015 es si cabe más contundente: "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 la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores".

#### Conclusión valorativa

Sobre la base expuesta, no apreciamos error en la valoración probatoria de la sentencia apelada y en la conclusión del error padecido por la parte demandante en la contratación del producto, especialmente en lo



relativo a la insuficiencia e inadecuación de la información proporcionada por la entidad financiera, partiendo de la complejidad del producto contratado así como de la condición de cliente minorista del actor, carente de conocimientos necesarios para valorar correctamente sus riesgos.

Corresponde a la entidad bancaria la carga de probar el cumplimiento de su obligación activa de informar de forma clara, suficiente y comprensible de las características del producto que se contrata y de los riesgos económicos que entraña, con la diligencia que le impone su posición dominante en una relación marcadamente asimétrica con el cliente.

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 SSTS de 20 de enero de 2014, de 12 de enero y 25 de febrero de 2016, entre otras.

En el presente caso, no ofrece duda alguna el incumplimiento por la entidad financiera de los expresados deberes informativos sobre la naturaleza y los riesgos asociados al bono estructurado, tanto en la fase previa a su perfección como en el momento del acuerdo, según resulta del propio contenido de los documentos aportados.

La ficha comercial del producto que se aporta por la entidad bancaria en el marco de la reclamación efectuada por el actor a la CNMV (f 120) no recoge un apartado específico de riesgos sino que al contrario, en la misma se remarcan las ventajas del producto.

No consta que se le hubiere entregado al actor un folleto informativo completo del producto.

La orden de compra de este bono (doc.nº4), firmada por el actor, informaba, entre otras circunstancias, de que el emisor era Lehman Brothers Treasury Co. BV y su garante Lehman Brothers Holding Inc; de su calificación crediticia (A1/A+, AA-), de su listado en la Bolsa de Dublín, de su divisa (euros), del importe nominal de cada bono (1.000 euros) y del importe mínimo de inversión (50.000 euros), de la fecha de vencimiento, de los plazos de autocancelación y sus condiciones, de los subyacentes (la evolución de las cotizaciones de Deutsche Bank AG e ING Groep NV), del cupón, del precio de compra (100 %), y de sus posibilidades de pérdida.

Incluía un análisis de escenarios para un supuesto de inversión de 100.000 euros según el precio inicial y final del subyacente. En la última página de la orden de compra se consignaba en mayúsculas un aviso importante sobre el riesgo de la operación que incluía una mención genérica relativa a que el cliente reconocía haber sido asesorado sobre el riesgo del producto y sobre si la inversión de ese producto era adecuada para su perfil de inversión. Literalmente expresa la orden: "EL PRODUCTO QUE SE COMPRA ES UN PRODUCTO FINANCIERO DE RIESGO ELEVADO, QUE PUEDE GENERAR BENEFICIOS PERO TAMBIÉN PÉRDIDAS. EL CLIENTE MANIFIESTA QUE ES CONSCIENTE DE QUE EN CIERTAS CIRCUNSTANCIAS PODRÍA PERDER HASTA UN 100% DEL IMPORTE NOMINAL DE INVERSIÓN, SIEMPRE DEPENDIENDO DE LA FIJACIÓN DEL PRECIO INICIAL Y FINAL DE LOS SUBYACENTES. El Cliente reconoce que ha sido asesorado sobre el riesgo del Producto y sobre si la inversión en este Producto es adecuada para su perfil de inversión. Asimismo, el Cliente declara que ha leído las condiciones del contrato y entiende los términos y riesgos del Producto".

Ninguna mención se hace en el documento acerca de la posibilidad de pérdida del capital en caso de quiebra del emisor.

De las declaraciones testificales quedó acreditado que esta información no fue facilitada al actor. En este sentido, la gestora de banca privada acerca de las explicaciones que había proporcionado al cliente sobre el producto, manifestó que le había informado que se trataba de un producto estructurado, garantizado por Lehman, sin capital garantizado, que dependía del comportamiento de unas acciones. Esta información resulta del todo insuficiente pues se omitió advertirle expresamente que la recuperación de la cantidad invertida dependía no sólo de la evolución del valor subyacente sino también de la solvencia del emisor del bono y que el riesgo de insolvencia del emisor no estaba cubierto por ningún fondo de garantía.

No puede admitirse la tesis de la entidad demandada relativa a que no era preciso advertir del riesgo de los productos contratados, porque es un riesgo inherente a todo mercado de capitales e incluso a todo producto financiero no garantizado, puesto que la legislación impone que la empresa de servicios de inversión informe a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de las inversiones que realiza. Para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento, no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta



sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente ( STS 25-02-2016 ).

La obligación de información no puede considerarse cumplida dentro de estos estándares de diligencia y transparencia a los que se ha hecho mención, con la exhibición o entrega de la simple ficha del producto, que además no recogía un apartado específico de riesgos ni con la entrega de la orden de compra, presumiblemente facilitada el mismo día de la contratación.

En definitiva, puede concluirse que el consentimiento del actor al contratar fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, lo que implicó una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión apelante de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa.

Por lo tanto, los motivos alegados con relación al error en la valoración de la prueba no pueden ser estimados.

SEXTO.- COSTAS

Desestimado el recurso formulado, se imponen las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo que dispone el artículo 398 de la LEC .

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER S.A., y CONFIRMAMOS en su integridad la sentencia apelada.

Se imponen las costas a la parte apelante, con pérdida del depósito.

Esta sentencia **no** es firme y contra la misma sólo cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso conjuntamente extraordinario por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sección 5ª mediante escrito de abogado y procurador en el plazo de 20 días, con los demás requisitos de admisibilidad previstos en la Ley y su jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia de apelación, de la que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro de sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.