



Roj: **ATS 9187/2016 - ECLI:ES:TS:2016:9187A**

Id Cendoj: **28079110012016203069**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2016**

Nº de Recurso: **2950/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a once de Octubre de dos mil dieciséis.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La representación procesal de la entidad Banco Santander S.A presentó escrito de interposición de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la sentencia dictada, con fecha 21 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 11ª- en el rollo de apelación n.º 222/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1945/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid.

SEGUNDO.- Remitidos los autos por la Audiencia, previo emplazamiento de las partes, se han personado el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco de Santander S.A, en calidad de parte recurrente, y la procuradora D.ª Isabel Soberón García de Enterría en nombre y representación de Construcciones Ruiserna S.L., en calidad de parte recurrida.

TERCERO.- Por providencias de fecha 11 de mayo y 13 de julio de 2016 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

CUARTO.- Evacuado el traslado, la representación procesal de la parte recurrida ha interesado la inadmisión de los recursos. La parte recurrente se ha opuesto a las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Marin Castan

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se ha interpuesto recurso de casación por la vía del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC y extraordinario por infracción procesal frente a una sentencia dictada en segunda instancia en el seno de un juicio ordinario en el que se ejercitó acción de nulidad de un contrato de Producto Financiero Estructurado (Tridente)

El cauce del acceso al recurso de casación elegido por la parte recurrente es el correcto al tramitarse el procedimiento por razón de la cuantía y superar el importe de 600.000 euros.

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un solo motivo en el que se denuncia, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , la infracción del artículo 24 CE en relación con el 218.2 LEC , al incurrir la sentencia de instancia en motivación irrazonable, en relación al perfil de la recurrida y la apreciación de defecto en la información proporcionada, conducente a error en la contratación.

A la vista de su planteamiento el recurso extraordinario incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (artículo 473.2 LEC)

Por esta vía del recurso extraordinario por infracción procesal cabe declarar la ineficacia de la resolución recurrida en los casos en que carezca de motivación, faltando a la exigencia constitucional de que las sentencias estén suficientemente motivadas (art. 120 CE). A estos efectos, como ha declarado esta Sala en



otras ocasiones, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla» (Sentencias 294/2012, de 18 de mayo , y 95/2014, de 11 de marzo).

Cuando las explicaciones vertidas en la fundamentación jurídica de la sentencia no permitan conocer las razones de la decisión, en ese caso la apariencia de motivación equivale a su inexistencia. Fuera de estos casos, no cabe impugnar una sentencia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal porque se considere erróneo el razonamiento seguido por el tribunal para fallar, y por ello se califique la motivación de irrazonable, que es lo que pretende el recurrente con este motivo.

El razonamiento seguido por la sentencia recurrida, permite conocer las razones por las que entiende que, en la contratación del producto complejo objeto de la acción de nulidad, el banco no cumplió con los deberes de información y el cliente tenía un perfil de inversión conservador. En relación a este último aspecto, la sentencia razona cual fue el motivo por que llevó a la empresa a suscribir con el banco este producto a iniciativa y por convencimiento de los empleados del banco para que suscribiera este producto y que todos coincidieron que su perfil era conservador. En relación al primer aspecto, no obstante lo que se dirá al resolver el recurso de casación, la sentencia declara probado este extremo y exterioriza con claridad las razones por las que la parte no fue debidamente informada de este producto calificado de complejo, De esta forma, fuera de los supuestos limitados para denunciar error en la valoración de la prueba que aquí ni siquiera se han intentado, los razonamientos esgrimidos, cumplen la exigencia constitucional de motivación de la sentencia, en lo que respecta a la declaración de nulidad del contrato, sin que en el análisis del presente motivo esté justificado verificar que sea correcto. Esto es, el recurrente no puede pretender que bajo la denuncia de motivación errónea y arbitraria, revisemos, como si fuéramos un tribunal de instancia, la corrección de las conclusiones alcanzadas por la sentencia tras su razonamiento.

TERCERO.- El escrito de interposición, por lo que al recurso de casación se refiere, se articula en un motivo único, en el que se denuncia la infracción de los artículos 1265 y 1266 CC , en relación a lo dispuesto en los artículos 78 y 79 LMV, en su redacción previa a la Ley 47/2007 , y con lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al error en el consentimiento prestado, en concreto de las sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 2012 , 21 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013 . En el motivo, en esencia, se argumenta que no concurren los presupuestos del error, esencial y excusable, al prestar el consentimiento el administrador de una sociedad mercantil, sometido al deber de diligencia de un ordenado empresario, que dispone de experiencia mercantil y en la contratación bancaria y, además, cuenta con asesoría externa. Se aduce, también, que la recurrida tuvo a su disposición información relativa al objeto, funcionamiento y riesgos del contrato suscrito y tuvo a su disposición el propio contrato.

A la vista de su planteamiento el recurso de casación no se admite por carencia manifiesta de fundamento, ya que la sentencia no se opone a la doctrina de esta Sala bastante numerosa en relación a la cuestión controvertida.

Como ha recordado esta Sala en numerosas sentencias (entre ellas, Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre , y 547/2015, de 20 de octubre), también con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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».

No se discute que el producto contratado sea un producto financiero complejo, sobre cuya comercialización por las empresas y entidades de inversión pesan los deberes de información expuestos.

En la medida en que no había entrado en vigor la reseñada normativa MiFID, no regía la exigencia de recabar el *test de idoneidad* (art. 79 bis.6 LMV), con la consiguiente valoración de que existió un asesoramiento. El *test de idoneidad* opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, 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 que más le convengan.

En cualquier caso, constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación [sentencia 588/2015, de 10 de noviembre, con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, y sentencia 742/2015, de 18 de diciembre].

La información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. No basta con que en el contrato se haga mención de que «el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido», pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 21/16, de 3 de febrero).

Conforme, también, a la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento de los deberes de información que pesan sobre las empresas que prestan servicios de inversión, tanto en la normativa MiFID como en la pre MiFID, no determina la nulidad del contrato pero sí el defecto de conocimiento puede incidir en la correcta representación de los riesgos que el cliente asumía con la contratación de este producto estructurado, y por lo tanto en que se prestara el consentimiento con error vicio.

El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir « *orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos* », muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. (Sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).



Además, esta Sala ha declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre).

Lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos, se haya entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento.

Y, como también se ha recordado en otras ocasiones, «el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre , con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014). Pero esta misma jurisprudencia, entiende que en casos como el presente, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

La sentencia recurrida no se opone a la doctrina antes aludida de acuerdo a su base fáctica. De ella se obtiene que los que los que contrataron el producto por la empresa recurrida, no eran inversores experimentados con un perfil arriesgado, y con conocimientos y experiencia previa en productos de riesgo, sino que su perfil era conservador y que la entidad recurrente no informó suficientemente a los representantes de la recurrida de la naturaleza de este producto y sus riesgos, pese a que fue recomendado por aquellos. Por otro lado, los riesgos tampoco podían deducirse de la documentación entregada, pues a la firma del contrato no se le había proporcionado al cliente los folletos informativos del tipo de inversión , ni siquiera concretado en que consistía la misma al referirse exclusivamente a los **bonos estructurados**, sin conocimiento caro y exacto de lo que se le ofrecía y sus consecuencias al tratarse de una inversión de riesgo no garantizada.

El planteamiento expuesto impide tomar en consideración las alegaciones realizadas por la parte recurrente tras la puesta de manifiesto de las causas de inadmisión de los recursos, en la medida en que se oponen a lo aquí resuelto.

CUARTO .- Consecuentemente procede declarar inadmisibles los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, declarando firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 473.2 .º y 483.4 LEC , cuyos siguientes apartados, el 3 y el 5, respectivamente, deja sentado que contra este Auto no cabe recurso alguno.

QUINTO .- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en los arts. 473.2 y 483.3 de la LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

SEXTO .- La inadmisión de los recursos determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

LA SALA ACUERDA

1.º) No admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 21 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 11.ª- en el rollo de apelación n.º 222/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1945/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid.

2.º) Declarar firme dicha sentencia.

3.º) Imponer las costas a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido.



4.º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes comparecidas ante esta Sala.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ