



Roj: STS 4290/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4290  
Id Cendoj: 28079110012016100578  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2586/2014  
Nº de Resolución: 603/2016  
Procedimiento: Casación  
Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 6 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Delia , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Bárbara Egido Martín, bajo la dirección letrada de D. Ricardo Torres Balaguer, contra la sentencia n.º 235/2014, de 29 de julio, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 314/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1754/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D. Samuel Tronchoni Ramos y D. Ignacio Del Barrio Hernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Jorge Vico Sanz, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Delia , interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A., como sucesora de Bancaja, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«Primero: Se declare la nulidad por infracción de normas imperativas e incumplimiento del deber de transparencia y/o, en su caso, la nulidad por vicios del consentimiento de los contratos de suscripción firmados en relación a estos productos:

· Participaciones Preferentes, relativas a la Serie B, emitidas por BANCAJA (ISIN NUM000 ), adquiridas en fecha 25 de enero de 2008, por nominal de CUATRO MIL DOSCIENTOS EUROS (7 títulos).

· Participaciones Preferentes, relativas a la Serie A, emitidas por BANCAJA (ISIN NUM001 ), adquiridas en fecha 29 de julio de 2008, por importe nominal de TRES MIL SEISCIENTOS EUROS (6 títulos).

· Obligaciones Subordinadas emitidas por BANCAJA, relativas a la 10<sup>a</sup> Emisión (ISIN NUM002 ), y adquiridas en fecha 18 de mayo de 2009, por importe nominal de CUARENTA Y OCHO MIL EUROS (48 títulos).

· Obligaciones Subordinadas emitidas por BANCAJA, relativas a la 10<sup>a</sup> Emisión (ISIN NUM002 ), y adquiridas en fecha 10 de junio de 2009, por importe nominal de TREINTA MIL EUROS (30 títulos).

· Participaciones Preferentes, relativas a la Serie B, emitidas por BANCAJA (ISIN NUM003 ), adquiridas en fecha 22 de julio de 2009, por importe nominal de MIL OCHOCIENTOS EUROS (3 títulos)».

»1.2. Se declare la nulidad de los contratos de recompra y suscripción de acciones (canje) forzoso de BANKIA, S.A. de junio de 2013 por ausencia de causa y objeto al ser nulos los contratos de suscripción de preferentes y subordinadas de los que traen causa.

»1.3 Se condene a BANKIA, S.A. a estar y pasar por dichas declaraciones condenándole a restituir a la demandante el importe nominal entregado, y que suma un total de OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS EUROS (87.600€), junto con el interés legal del dinero devengado desde la fecha de adquisición hasta su

efectiva restitución ( art. 1.303 CC ). Mi representada restituirá a su vez los intereses y/o remuneraciones percibidas en virtud de los contratos declarados nulos.

»1.4 Se condene a la demandada al pago de las costas de este proceso, por su proceder malicioso y contrario al Ordenamiento Jurídico.

»Segundo: Subsidiariamente, para el caso de no atenderse las anteriores peticiones de nulidad del contrato y restitución de intereses, se ejercita la acción de responsabilidad contractual por culpa civil, interesándose se dicte Sentencia por la que:

»2.1 Se declare la responsabilidad contractual en que ha incurrido BANKIA, S.A. en el cumplimiento de los deberes de información y transparencia respecto a la demandante, condenándole a indemnizarla por los daños y perjuicios causados.

»2.2 Se condene a BANKIA. S.A. a estar y pasar por dicha declaración, condenándole a la restitución de las cantidades entregadas, OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS EUROS (87.000€), como parte de la indemnización de los daños causados. El capital que efectivamente deberá abonar la Entidad será el resultado de restar a las cantidades nominal inicialmente entregadas el valor que se obtenga de la venta de las acciones de BANKIA, S.A. de las que es titular mi mandante en virtud de canje forzoso. Dicha cantidad se determinará en ejecución de sentencia, momento en el que se venderán las acciones y se podrá concretar el importe que falta hasta alcanzar los 87.600€ inicialmente entregados.

»2.3 Se condene a BANKIA, S.A. a estar y pasar por dicha declaración, condenándole a abonar a la demandante una indemnización por importe igual al percibido en concepto de remuneración o intereses por los contratos de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas. En tanto que la actora ya ha percibido dichos importes, se declare el derecho de ésta a retener la cantidad recibida aplicándola al pago de la indemnización debida.

»2.4 Se condene a la demandada al pago de las costas de este proceso, por su proceder malicioso y contrario al Ordenamiento Jurídico».

2.- La demanda fue presentada el 27 de diciembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia, fue registrada con el núm. 1754/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Elena Gil Bayo, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]termine dictando sentencia desestimatoria de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora tanto por existir desestimación íntegra como por apreciar mala fe y temeridad en la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia dictó sentencia n.º 120/2014, de 9 de abril , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda formulada a instancia de Delia que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales Jorge Vico Sanz contra la entidad Bankia, S.A. que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales Elena Gil Bayo debo declarar y declaro la anulabilidad o nulidad relativa de los contratos de participaciones preferentes objeto de este procedimiento celebrado entre la demandante y demandada así como del canje por acciones por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato por tanto debo condenar y condeno a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 9600 € más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra debiendo la actora devolver los rendimientos obtenidos con sus intereses legales desde la respectivas liquidaciones debiendo la demandada acreditar su importe en ejecución de sentencia sino se cumple voluntariamente. Y después, a la cantidad que resulte como saldo deudor se le aplican los intereses por la mora procesal del artículo 576 LEC desde la fecha de la sentencia; y con imposición de costas a la parte demandada».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 314/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 235/2014, de 29 de julio , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS:

1. Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankia S.A.
2. Revocamos la sentencia recurrida, y en su lugar:
  - a. Desestimamos la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Delia .
  - b. Imponemos a la parte demandante el pago de las costas devengadas en primera instancia.
3. No hacemos expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.
4. Se decreta la devolución del depósito que se haya constituido para recurrir.»

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

1.- El procurador D. Jorge Vico Sanz, en representación de D<sup>a</sup> Delia , interpuso recurso de casación, cuyos motivos fueron:

«Primero.- Interés casacional por infracción de lo dispuesto en el artículo 79.6 de la Ley del Mercado de Valores existiendo jurisprudencia contradictoria sobre la interpretación de dicho precepto entre Audiencias Provinciales.

»Segundo.- Interés casacional por infracción de lo dispuesto en el art. 79.7 de la Ley del Mercado de Valores existiendo jurisprudencia contradictoria sobre la interpretación de dicho precepto entre Audiencias Provinciales».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 20 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Delia contra la sentencia dictada, el día 29 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n<sup>o</sup> 314/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 1754/2013, del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 1 de Valencia».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 1 de julio de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes.*

1.- Dña. Delia , licenciada en Bellas Artes y profesionalmente ejerciente como personal laboral (administrativa) de la administración pública valenciana, contrató con la entidad Bancaja (actualmente, Bankia, S.A.), los siguientes productos financieros:

- El 25 de enero de 2008, 7 títulos de participaciones preferentes emitidas por Bancaja, serie B (ISIN NUM000 ), por importe nominal de 4.200 €

- El 29 de julio de 2008, 6 títulos de participaciones preferentes emitidas por Bancaja, Serie A (ISIN NUM001 ), por importe nominal de 3.600 €

- El 18 de mayo de 2009, 48 títulos de obligaciones subordinadas de Bancaja, 10<sup>a</sup> emisión, (ISIN NUM002 ), por importe nominal de 48.000 €

- El 10 de junio de 2009, 30 títulos de obligaciones subordinadas de Bancaja, 10<sup>a</sup> emisión, (ISIN NUM002 ), por importe nominal de 30.000 €

- El 22 de julio de 2009, 3 títulos de participaciones preferentes emitidas por Bancaja, serie B (ISIN NUM000 ), por importe nominal de 1.800 €

2.- Dña. Delia interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia, S.A., en la que solicitó que se declarase la nulidad por vicio del consentimiento de los contratos antes indicados, con la consiguiente restitución de las prestaciones. Durante la tramitación del procedimiento, desistió de la pretensión relativa a

los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas, manteniéndola exclusivamente respecto de los de adquisición de participaciones preferentes.

3.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda, al considerar resumidamente que la adquirente no había sido debidamente informada de las características y riesgos del producto, ni se le habían realizado -o por lo menos, no constaban en las actuaciones- los oportunos test de idoneidad y conveniencia; por lo que prestó un consentimiento viciado por error.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso, basándose resumidamente en que, respecto de la última adquisición de participaciones preferentes, sí se había realizado test de conveniencia, y en que en la documentación contractual se advertía de los riesgos. Asimismo, resaltó que la demandante tenía experiencia inversora y firmó los contratos sin objeción alguna. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, desestimó la demanda.

#### **SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Planteamiento.*

1.- El primer motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3.1º LEC, por infracción del art. 79.6 LMV. Dicha mención debe ser una errata, porque el precepto que se transcribe literalmente en el recurso es el art. 79 bis 6 LMV, y no el 79.6. En el segundo motivo, se aduce infracción del art. 79.7 LMV. Al tratarse de la misma mención errónea, ha de entenderse que se refiere al art. 79 bis 7 LMV.

2.- En el desarrollo de ambos motivos se alega resumidamente que los mencionados preceptos obligan a las entidades financieras que prestan asesoramiento en materia de inversiones o gestión de carteras a informarse sobre los conocimientos y experiencia del cliente, absteniéndose de recomendarle la inversión si carece de tal información. Según la recurrente, en el caso litigioso, la sentencia recurrida no tiene en cuenta el incumplimiento por parte de la entidad demandada de tal obligación legal, puesto que la misma no se cercioró sobre la experiencia inversora de la recurrente y, pese a ello, le recomendó invertir en un producto complejo y arriesgado, como son las participaciones preferentes.

3.- Pese a la oposición más o menos formularia de la parte recurrida, el recurso es admisible, porque se identifican adecuadamente los preceptos legales que se citan infringidos y se justifica la existencia de pronunciamientos contradictorios de distintas Audiencias Provinciales, e incluso de diversas secciones de la misma Audiencia Provincial. En cuanto a la inadmisibilidad porque no fue la entidad quien ofertó el asesoramiento, ello sería -en su caso- una causa de oposición, por no concurrir los supuestos de aplicación de los preceptos legales pretendidos, pero no una causa de inadmisión del recurso.

4.- Dada la evidente conexión conceptual y argumental entre ambos motivos de casación, se resolverán conjuntamente.

#### **TERCERO.-** *Caracterización legal y jurisprudencial de las participaciones preferentes.*

1.- La **CNMV** describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad, que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad, que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.

La actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo art. 2 h ) incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes están reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su art. 7 se indica que constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Cumplen una función de financiación de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en ellas no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permita definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota- partícipes.

2.- Sobre este producto financiero se ha pronunciado específicamente esta Sala en sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 489/2015, de 16 de septiembre ; y 102/2016, de 25 de febrero . En ellas, se resalta la sujeción de estos productos financieros a la normativa MiFID, traspuesta a nuestro Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre; y con anterioridad, a las previsiones del art. 79 LMV y al RD 629/1993 .

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

1.- Las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , así como las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre , 102/2016, de 25 de febrero , y 411/2016, de 17 de junio , recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 del mismo Código Civil ). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa ( sentencia núm. 215/2013, de 8 abril ).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y núm. 769/2014, de 12 de enero , entre otras.

5.- La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da 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 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.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

Entre dicha normativa MiFID se encuentra el art. 79 bis 6 LMV que se cita en el recurso como infringido y que, en la fecha en que se suscribieron las órdenes de adquisición de las participaciones preferentes, decía:

» Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente » .

6.- En el caso enjuiciado, las razones que llevaron a la Audiencia Provincial a revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia estuvieron basadas en una valoración jurídica de la cuestión que esta Sala, a la luz de su jurisprudencia reiterada, no considera correcta. La información suministrada por Bancaja (actualmente, Bankia) a la demandante no puede calificarse como suficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente.

Sobre este particular, las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/2016, de 25 de febrero, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993 , aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta

interpretación». Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007 .

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

7.- No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la Sra. Delia adquirió las participaciones preferentes porque le fueron ofrecidas por empleados de la demandada. Para que exista asesoramiento 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.

8.- En este caso, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en las órdenes de compra, pre-redactadas por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza de los productos adquiridos, no se identificaba adecuadamente al emisor de las participaciones preferentes, los datos que se contenían ofrecían una información equivocada, o cuanto menos equívoca, sobre su naturaleza (como era la del plazo, cuando en realidad se trataba de participaciones perpetuas), y no se informaba sobre sus riesgos. A su vez, la aportación de un único test de conveniencia, respecto de una de las operaciones, cumplimentado por los propios empleados de la entidad, no salva la omisión de la investigación real del perfil inversor de la demandante y de la adecuación al mismo de los productos ofertados.

La sentencia recurrida obvia ese patente déficit informativo, conforme a las pautas legales exigibles, con el argumento de que la recurrente había adquirido con anterioridad productos semejantes y, por tanto, tenía experiencia inversora, que liberaba a la entidad financiera de su obligación de asesoramiento. Conclusión que no puede asumirse, porque el hecho de que la Sra. Delia hubiera contratado anteriormente productos similares (que realmente no lo eran, pues se trataba de acciones que cotizaban en bolsa, deuda pública y fondos de inversión) no conlleva que tuviera experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco le fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las mencionadas sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Como hemos afirmado en las sentencias antes reseñadas, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de que la recurrente hubiera realizado algunas inversiones previas, no la convierte en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se le diera una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de las participaciones preferentes sin que la entidad pruebe que ofreció la información legalmente exigible o que, la cliente ya la había recibido con ocasión de la adquisición de productos semejantes, solo indica la incorrección de la actuación de la entidad financiera, no el carácter experto de la recurrente.

#### **QUINTO.- Error en el consentimiento. Estimación del recurso.**

1.- Tampoco puede admitirse la tesis de la entidad demandada relativa a que no era preciso advertir del riesgo del producto contratado, 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.

Igualmente, la inclusión en la orden de compra de una advertencia genérica sobre posibles riesgos no puede sanar la omisión de una obligación activa de información exigida expresamente por el ordenamiento jurídico.

2.- Dijimos en las sentencias antes indicadas que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable. La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

3.- Conforme a la normativa MiFID, las empresas de inversión deben 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, solicitándoles información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Y con posterioridad a la reforma de 2007, ya en vigor cuando se adquirieron las participaciones preferentes objeto de litigio, realizando los test de conveniencia y/o idoneidad precisos para asegurarse de la adecuación del producto al perfil inversor del cliente.

4.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre 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».

Cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 de la Directiva) la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable.

5.- En definitiva, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en la cliente que los contrató una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto de los contratos, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada 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.

6.- Todo lo cual conlleva que deba estimarse el recurso de casación, anulando la sentencia recurrida, asumiendo la instancia a fin de desestimar el recurso de apelación y confirmar en todos sus pronunciamientos la sentencia de primera instancia.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos.**

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él generadas, a tenor del art. 398.2 LEC.

2.- La desestimación del recurso de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, conlleva que se impongan a la parte apelante las costas que causó.

3.- Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15<sup>a</sup>, apartado 8, LOPJ.





## FALLO

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

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Delia , contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 29 de julio de 2014, en el recurso de apelación nº 314/2014 , que anulamos y dejamos sin efecto. **2.º**- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia n.º 120/2014, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Valencia, con fecha 9 de abril de 2014 , en el juicio ordinario n.º 1754/2013, que confirmamos en todos sus pronunciamientos. **3.º**- Imponer a Bankia, S.A. las costas del recurso de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ