



Roj: STS 610/2016 - ECLI:ES:TS:2016:610  
Id Cendoj: 28079110012016100082  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2578/2013  
Nº de Resolución: 102/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES  
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 102/2016

**Fecha Sentencia :** 25/02/2016

**CASACIÓN**

**Recurso Nº :** 2578 / 2013

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimando

**Votación y Fallo:** 17/02/2016

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Pedro José Vela Torres

**Procedencia:** AUD.PROVINCIAL de ZARAGOZA SECCION N. 5

**Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

**Escrito por :** MAJ

**Nota:**

**Contratación de una diversidad de productos financieros: depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes. Caracterización. Aplicación a todos ellos de la normativa MiFID. Obligaciones de información de la entidad de servicios de inversión.**

**CASACIÓN Num.:** 2578/2013

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Pedro José Vela Torres

**Votación y Fallo:** 17/02/2016

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**SENTENCIA Nº:** 102/2016

**Excmos. Sres.:**

**D. Ignacio Sancho Gargallo**

**D. Francisco Javier Orduña Moreno**

**D. Rafael Sarazá Jimena**

**D. Pedro José Vela Torres**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.<sup>a</sup> Petra y D. Javier, representados por el procurador D. Ramiro Reynolds Martínez, bajo la dirección letrada de D. Fernando Pozo Remiro, contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 2013, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 374/2013, dimanante del juicio ordinario núm. 951/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Zaragoza. Sobre nulidad de contratos bancarios de depósito, y adquisición de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes. Ha sido parte recurrida "Catalunya Banc, S.A.", representada por el procurador D. Armando García de la Calle y bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle.

**ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.**

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Laura Ascensión Sánchez Tenías, en nombre y representación de D. Torcuato y D.<sup>a</sup> Petra, interpuso demanda de juicio ordinario contra "Catalunya Banc, S.A.", en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1.- Se declare la anulación por vicio en el consentimiento prestado por error de los siguientes contratos:

i) DEPÓSITO LIDERES con una inversión inicial de 3.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 18/02/2013.

ii) DEPÓSITO ACUMULA 2 con una inversión inicial de 3.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 30/04/2013.

iii) DEPÓSITO TRIPLE EURIBOR 2E con una inversión inicial de 24.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 21/05/2013.

iv) DEPÓSITO PRIMERAS MARCAS con una inversión inicial de 2.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 20/01/2015, que les vendieron junto a los PAGARÉS DE CATALUÑA BANCA A 12 MESES AL 5%, CON VENCIMIENTO EL 18/12/2012 Y CON UNA INVERSIÓN INICIAL DE 7.647,98 €.

v) DEUDA SUBORDINADA de CAIXA CATALUÑA 1ª EMISIÓN con una inversión inicial de 30.000 euros y DE CARÁCTER PERPETUO según refiere la información económica posición global a fecha 31 de marzo de 2012, de donde hemos obtenido tal información.

vi) DEUDA SUBORDINADA de CAIXA CATALUÑA 6ª EMISIÓN con una inversión inicial de 18.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 19/05/2015.

vii) DEUDA SUBORDINADA de CAIXA CATALUÑA 8ª EMISIÓN con una inversión inicial de 15.000 euros (12.000+3.000) y con fecha de vencimiento previsto el 18/12/2018.

viii) PARTICIPACIONES PREFERENTES de CAIXA CATALUÑA, con una inversión inicial de 20.000 euros y DE CARÁCTER PERPETUO.

2.-En consecuencia con el anterior pronunciamiento, se condene a CATALUNYA BANC S.A a devolver a los actores la suma de 122.647,98 euros entregados como precio de los contratos más las comisiones y gastos satisfechos por sus respectivas contrataciones, menos las cantidades que resulten en su caso, tras la prueba practicada y previa su liquidación en ejecución de Sentencia, que aparezcan acreditadas como cobradas por la parte actora en aplicación de la regla recogida en el artículo 1.303 del Código Civil. La cantidad resultante devengará el interés legal del dinero desde la fecha del pago de cada una de las cantidades indebidamente satisfechas por la parte actora hasta su total pago del principal a los actores.

3. Se condene a la parte demandada al pago de la totalidad de las costas procesales causadas en este procedimiento. Es justo.»

2.- La demanda fue presentada el 11 de octubre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Zaragoza y fue registrada con el núm. 951/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> María José Cabeza Irigoyen, en representación de "Catalunya Banc, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba « [...] dictar sentencia por la que desestime

íntegramente la misma, absolviendo a mi mandante de los pedimentos formulados, con expresa imposición de las costas.».

4.- Por resolución de fecha 22 de abril de 2013 se tuvo por personado y parte a D. Javier , como sucesor procesal de su fallecido padre, D. Torcuato .

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 1 de julio de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO:

Que se ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Javier y D<sup>a</sup> Petra , representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Laura Ascensión Sánchez Tenía y bajo la asistencia letrada de D. Fernando Pozo Remiro, frente a la entidad de crédito Catalunya Banc S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María José Cabeza Irigoyen y defendida por el Letrado D. Carlos García de la Calle, y en consecuencia se declara:

- La anulación por vicio en el consentimiento prestado por error de los siguientes contratos:

1) Depósito Líderes, con una inversión inicial de 3.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 18 de febrero de 2013.

2) Depósito Acumula 2 con una inversión inicial de 3.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 30 de abril de 2013.

3) Depósito Triple Euribor 2E con una inversión inicial de 24.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 21 de mayo de 2013.

4) Depósito Primeras Marcas con una inversión inicial de 2.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 20 de enero de 2015, que le vendieron junto a los pagarés de Catalunya Banc a 12 meses al 5% con vencimiento el 18 de diciembre de 2012 y una inversión inicial de 7.647,98 euros.

5) Deuda subordinada de Caixa Cataluña 1<sup>a</sup> Emisión con una inversión inicial de 30.000 euros y de carácter perpetuo según refiere la información económica posición global a fecha 31 de marzo de 2012.

6) Deuda subordinada de Caixa Cataluña 6<sup>a</sup> Emisión con una inversión inicial de 18.000 euros y con fecha de vencimiento previsto el 19 de mayo de 2015.

7) Deuda subordinada de Caixa Catalunya 8<sup>a</sup> Emisión con una inversión inicial de 15.000 euros, con fecha de vencimiento previsto el 18 de diciembre de 2018.

8) Participaciones Preferentes de Caixa Catalunya con una inversión inicial de 20.000 y de carácter perpetuo.

- La parte demandada deberá restituir a la demandante la cantidad de 122.647,98 euros más las comisiones y gastos satisfechos por sus respectivas contrataciones, menos las cantidades que resulten en su caso, previa liquidación en ejecución de Sentencia, como cobradas por la parte actora. La cantidad resultante devengará el interés legal del dinero desde la fecha del pago de cada una de las cantidades indebidamente satisfechas por la parte actora hasta su total pago del principal a la actora.

-Se condena en costas a la parte demandada».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Catalunya Banc, S.A."

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 374/2013 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 8 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«1. Estimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 1-7-2013 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 en los autos nº 951/2012, que revocamos.

2. Desestimar la demanda interpuesta por la representación de D. Torcuato -hoy sucedido procesalmente por su hijo D. Javier - y D<sup>a</sup> Petra contra CATALUNYA BANC SA, a la que absolvemos de las pretensiones contra ella deducidas.

3. Imponer las costas de primera instancia a la parte actora, solidariamente.

4. No hacer imposición de las costas de esta alzada.
5. Ordenar la devolución del depósito constituido para recurrir a la parte apelante».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- La procuradora D<sup>a</sup> Laura Sánchez Tenías, en representación de Javier y D<sup>a</sup> Petra , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Conforme al número cuarto, del apartado primero del artículo 469 de la LEC , por la infracción de las normas procesales reguladoras de los requisitos internos de la Sentencia y sus efectos al vulnerar la Sentencia recurrida el artículo 316 apartado 1, en relación con los artículos 367 , 376 y 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que no sólo infringe el procedimiento legalmente establecido sino que además causa indefensión ( art. 24.1 de la Constitución ) a los recurrentes, lo supone vulneración del artículo 24.2 de la Constitución . Pero si la Sala considerase que no hay infracción de derechos fundamentales este motivo tiene su justo amparo en el número segundo del mismo apartado primero del artículo 469.

Segundo.- Conforme al número segundo, del apartado primero del artículo 469 de la LEC , se argumenta por la evidente infracción de las normas procesales reguladoras de los requisitos internos de la Sentencia y sus efectos en que incurre la Sentencia al admitir el testimonio de parte como si se tratase de una prueba testifical ordinaria y por ello vulnera la Sentencia recurrida los artículos 217.1 y 3 y art. 218.2 de la LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de las reglas legales recogidas en los artículos 1.261 , 1.258 , 1.265 , 1.266 , 1.269 , 1.300 , 1.301 y 1.303 todos ellos del Código Civil y doctrina que los interpreta, así como por la falta de aplicación de los artículos 78 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores antes de la Ley 47/2007 y sus normativas de desarrollo - arts. 4 y 5 y su Anexo, del RD 629/1993 y arts. 62 , 64 , 72 y 73 del RD 217/2008, de 15 de febrero -; los arts. 2.1.d , 2.3 , 8 y 13.1.d, de la Ley 26/1984 . General para la defensa de los consumidores y usuarios y los artículos 8 letra b y 10 del R.D. legislativo 1/2007 que recoge el texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y Leyes complementarias en materia de protección de los consumidores y usuarios, en relación con la reforma operada en este R.D. legislativo por la ley 29/1999, de 30 de diciembre; y el artículo 6.3 del Código Civil .

Segundo.- La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Pleno del Tribunal Supremo sentada en su Sentencia de 10 de octubre de 2008 , acerca de la relevancia civil de la infracción de normas administrativas que por su carácter de orden público determinan la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a tales normas por aplicación del apartado tercero del artículo 6 del Código civil . La infracción consiste en no haber declarado la nulidad de pleno derecho de los 8 contratos de productos financieros en razón del incumplimiento por la entidad de crédito de las obligaciones de informar por escrito y con carácter precontractual contenido en los arts. 4 , 5 y Anexo del RD 629/1993 y de los arts. 62 , 64 , 72 y 73 del RD 217/2008 , que son los que contienen los derechos irrenunciables de los consumidores de productos financieros.

Tercero.- Conforme al ordinal tercero del apartado segundo del artículo 477 LEC , es que la sentencia recurrida responde a un dispar entendimiento de la cuestión que se manifiesta en la denominada jurisprudencia menor, y artículo 9.3 de la Constitución , exigencia de la seguridad jurídica.

Cuarto.- Inexistencia de Jurisprudencia que aplique dos normas legales (Ley 44/2017 (sic), de 19 de noviembre -BOE 20 de Diciembre de 2007- y Ley 29/1999, de 30 de diciembre -BOE 31 de Diciembre de 2009 que no llevaban más de 5 años en vigor al tiempo de la interposición de la demanda, y respecto de las cuales no existe Jurisprudencia al respecto».

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes, por medio de los procuradores personados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 23 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA: ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de D<sup>a</sup> Petra y D. Javier contra la sentencia dictada, el día 8 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5<sup>a</sup>), en el

rollo de apelación nº 374/2013 , dimanante del juicio ordinario nº 951/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Zaragoza».

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 22 de diciembre de 2015 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 17 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1.- D. Torcuato y Dña. Petra , suscribieron con "Caixa Catalunya" los siguientes productos bancarios y financieros: a) el 13 de enero de 2010, "Depósito Líderes", con una inversión inicial de 3.000 € y fecha de vencimiento el 18 de febrero de 2013, con una rentabilidad variable condicionada a la fluctuación de las acciones de una cesta compuesta por valores de *IBM, Toyota, Total y Santander* ; b) el 17 de marzo de 2010, "Depósito Acumula 2", con una inversión inicial de 3.000 € y fecha de vencimiento el 30 de abril de 2013, con una remuneración fija del 0,501% TAE y una variable condicionada al valor de las acciones incluidas en una cesta formada por valores de *Apple, Microsoft y Vodafone* ; c) con fecha 4 de noviembre de 2011, "Depósito Tripe Euribor 2E", con una inversión inicial de 24.000 € y fecha de vencimiento el 21 de mayo de 2013, con una remuneración fija del 0,501% TAE y una remuneración variable referenciada al triple del valor del Euribor a doce meses, con un mínimo del 3%; d) el 13 de enero de 2012, "Depósito Primeras Marcas", con una inversión inicial de 2.000 € y fecha de vencimiento el 20 de enero de 2015, con remuneración fija del 0,501% TAE y variable referenciada a la rentabilidad de un grupo de acciones de *Coca-Cola, Danone, Nestlé, Kraft y Unilever* ; e) el mismo 13 de enero de 2012 y asociados al depósito "Primeras Marcas", pagarés emitidos por *Catalunya Banc* , a 12 meses, al 5%, con vencimiento el 18 de diciembre de 2012 y una inversión inicial de 7.647,98 €; f) Deuda subordinada de Caixa Cataluña, 1ª Emisión, con una inversión inicial de 30.000 € y de carácter perpetuo; g) el 14 de diciembre de 2006, Deuda Subordinada de Caixa Catalunya, 6ª Emisión, con una inversión inicial de 18.000 € y fecha de vencimiento el 19 de mayo de 2015; h) Deuda Subordinada de Caixa Cataluña, 8ª Emisión, con una inversión inicial de 15.000 €, y fecha de vencimiento el 18 de diciembre de 2018; i) Participaciones Preferentes de Caixa Cataluña con una inversión inicial de 20.000 € y de carácter perpetuo.

En los depósitos descritos en los apartados a), b), c) y d) del párrafo anterior, la devolución del capital estaba garantizada.

2.- D. Torcuato y Dña. Petra interpusieron demanda de juicio ordinario contra "Catalunya Banc, S.A." (sucesor de Caixa Catalunya), en la que solicitaron que se declarase la nulidad por vicio del consentimiento de los contratos antes indicados, con la consiguiente restitución de las prestaciones.

3.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda, al considerar resumidamente: (i) los demandantes tienen la consideración de clientes minoristas; (ii) los contratos denominados como depósitos no eran simples imposiciones a plazo, sino productos estructurados complejos, al estar vinculados a la evolución de los tipos de interés, de índices bursátiles o a la cotización de determinados grupos de acciones; (iii) la deuda subordinada y las participaciones preferentes son productos complejos que requieren especiales deberes de información por parte de la entidad que presta el asesoramiento de inversión; (iv) la información suministrada por la entidad financiera sobre las características de los productos ofertados y sus riesgos fue insuficiente y no se ajustó a lo previsto en la legislación sobre el mercado de valores.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial rebatió las conclusiones probatorias de la sentencia de primera instancia, y dictó sentencia estimatoria del recurso, basándose resumidamente en que la empleada del banco que intervino como único testigo en el juicio afirmó que los clientes habían sido suficientemente informados y que tenían conocimiento de los productos contratados, porque desde el año 2000 habían concertado un sinfín de operaciones de inversión de amplia gama, como compraventa de participaciones preferentes, deuda subordinada y bonos de la Generalitat de Catalunya; por lo que cabía descartar el error en el consentimiento. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, desestimó la demanda.

### SEGUNDO.- *Recurso por infracción procesal.*

**Primer motivo:***Planteamiento :*

1.- D. Javier (sucesor procesal de su padre, D. Torcuato , fallecido durante la tramitación del procedimiento) y Dña. Petra , formularon un primer motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , por vulneración de los arts. 316.1 , 367 , 376 y 377 LEC .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida aplicó unos criterios valorativos de la prueba erróneos, puesto que otorgó relevancia decisiva a una supuesta prueba testifical, la de la empleada de la entidad demandada, cuando realmente la misma no compareció en el juicio como testigo sino como representante de la parte, por lo que se trató de una prueba de interrogatorio de parte. Y las pautas legales de valoración de ambos medios probatorios son diferentes, puesto que mientras que la prueba testifical está sometida a la sana crítica ( art. 376 LEC ), la de interrogatorio de parte se rige por unos criterios de valoración mixtos, ya que los hechos que se reconozcan se tendrán por ciertos en cuanto perjudiquen a dicha parte (salvo que lo contradiga el resultado de las demás pruebas) y respecto de lo no reconocido, regirá también el principio de sana crítica ( art. 316 LEC ).

*Decisión de la Sala:*

1.- El examen de las actuaciones revela que en la nota de proposición de prueba que la parte actora presentó en la audiencia previa (obrante al folio 152) propuso inicialmente a Dña. Consuelo (la empleada de la demandada) como testigo, pero en el desarrollo de la comparecencia precisó que prefería que compareciese como representante de la demandada, por tener conocimiento directo del asunto, lo que se admitió condicionado a que dicha empleada siguiera trabajando en la entidad; y en la grabación del juicio (a partir del minuto 4,20) se comprueba que dicha señora compareció como representante de la entidad demandada y declaró en la prueba de interrogatorio de parte, no como testigo.

2.- Ello no obstante, este dato no puede tener las consecuencias pretendidas por la parte recurrente, puesto que precisamente lo que hizo la declarante fue no reconocer los hechos de la demanda que resultaban perjudiciales a la entidad a quien representaba en dicha diligencia de prueba; sino que, al contrario, lo que afirmó es que sí se había facilitado a los clientes la información adecuada a cada producto contratado y habían quedado suficientemente ilustrados y conformes antes de prestar su consentimiento. Por lo que dicha declaración es valorable, junto con el resto de la prueba -de carácter documental- conforme a la sana crítica, en similares términos a una prueba testifical. De manera tal que la Audiencia no incurrió en la infracción procedimental que se denuncia. Podrá discutirse, en su caso, si las conclusiones probatorias a que llegó son acertadas desde un punto de vista jurídico, lo que es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, por corresponder a la valoración jurídica propia del recurso de casación.

Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo :

«No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo ), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial».

Por lo que este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

**Segundo motivo:***Planteamiento:*

El segundo motivo se formula al amparo del artículo 469.1.2º LEC , por vulneración de los artículos 217.1 y 3 y 218.2 LEC . Resumidamente, se alega que, al haber tratado el tribunal el testimonio de la empleada de la entidad como si fuera una prueba testifical, en vez de una prueba de interrogatorio de parte, se habían vulnerado las citadas normas legales. Y ello, porque la propia sentencia reconoce que quien estaba beneficiada por el principio de facilidad probatoria era la parte demandada, dado que las entidades financieras tienen la obligación legal de conservar la documentación de las operaciones concertadas y de la información ofrecida a los clientes.

*Decisión de la Sala:*

1.- Aunque en la sentencia de la Audiencia Provincial se hace mención al art. 217 LEC y al principio de facilidad probatoria, realmente tales cuestiones no constituyen la *ratio decidendi* del fallo, puesto que el mismo no se basa en la ausencia de prueba y las consecuencias que ello deba suponer respecto de los deberes de aportación probatoria que competen a cada parte, que es a lo que realmente se refieren las normas de carga de la prueba contenidas en el citado precepto legal; sino que la sentencia hace una interpretación conjunta de la prueba, testifical y documental, para llegar a unas conclusiones que podrán ser rebatidas desde el punto de la valoración jurídica (lo que, como ha quedado dicho, es ajeno a este recurso estrictamente procesal), pero que no infringen las normas procesales invocadas. No sólo por lo que respecta a la carga de la prueba, sino porque el art. 218.2 LEC se refiere al deber de motivación, que en este caso ha quedado cumplido, porque el tribunal de apelación explicita, aun de modo sintético, cuáles son las razones de su decisión, con lo que se colma el estándar de razonamiento constitucionalmente exigible. Sin perjuicio de que las conclusiones jurídicas que se derivan de dicha motivación puedan ser combatidas en el recurso de casación, como de hecho hace la propia parte recurrente.

Razones por las cuales este segundo motivo del recurso extraordinario de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

**TERCERO.- Recurso de casación.****Primer motivo:***Planteamiento:*

1.- El primer motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art.

477.2.3.1º LEC, por infracción de los arts. 1.261 , 1.258 , 1.265 , 1.266 , 1.269 , 1.300 , 1.301 y 1.303 CC ; en relación con los arts. 78 y 79 LMV, en su redacción anterior a la Ley 47/2007 , y 79 bis LMV; arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993 y 62 , 64 , 72 y 73 del RD 217/2008 ; arts. 2.1.d , 2.3. 8 y 13.1 d de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 ; arts. 8 b y 10 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; y art. 6.3 CC .

2.- En el desarrollo del motivo se alega resumidamente que la sentencia de la Audiencia desconoce e inaplica la normativa protectora de la clientela minorista en cuanto a los deberes de información de las entidades financieras en la comercialización de productos financieros complejos; y las consecuencias que el incumplimiento de tales deberes tiene sobre la prestación del consentimiento por parte del cliente, que puede conllevar un error que vicie dicho consentimiento.

*Decisión de la Sala:***A) Caracterización de los productos contratados:**

1.- Los productos financieros objeto de litigio se encuadran en tres categorías diferentes: a) depósitos estructurados; b) obligaciones subordinadas; y c) participaciones preferentes.

**a) Los depósitos estructurados :**

2.- Los denominados depósitos estructurados son depósitos bancarios, en tanto que a su vencimiento el cliente-depositante recuperará el capital invertido, en los cuales la rentabilidad está vinculada a la evolución de uno o varios índices bursátiles, de la cotización de un grupo de acciones, o cualquier otro. El capital está garantizado, pero lo que varía es la rentabilidad del producto, que dependerá de la fluctuación del producto subyacente. Así mismo, al tratarse de depósitos a plazo, resultan relevantes las condiciones en que se puede recuperar la inversión, si existe la posibilidad de cancelarlos anticipadamente y, de ser así, cuál sería el coste de dicha cancelación.

El art. 2 LMV considera productos financieros sujetos a su regulación este tipo de depósitos, incluso con anterioridad a la reforma de dicho precepto por la Ley 47/2007 , puesto que ya calificaba como tales 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. Por tanto, no son meros depósitos bancarios, ni simples imposiciones a plazo, sino productos estructurados de carácter financiero, sujetos a la normativa del mercado de valores.

**b) Las obligaciones subordinadas:**

3.- En términos generales, se conoce como deuda subordinada a unos títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad, ya que está subordinado el pago en orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios (en caso de concurso, art. 92.2 Ley Concursal ). A diferencia de las participaciones preferentes, que como veremos, suelen ser perpetuas, la deuda subordinada suele tener fecha de vencimiento. El capital en ningún caso está garantizado y estos bonos no están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Básicamente, la regulación de las obligaciones subordinadas que pueden emitir las entidades de crédito se recoge en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, y en el Real Decreto 1370/1985. Sus características son las siguientes: a) A efectos de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes, siempre que el plazo original de dichas financiaciones no sea inferior a 5 años y el plazo remanente hasta su vencimiento no sea inferior a 1 año; b) No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada ejecutables a voluntad del deudor; c) Se permite su convertibilidad en acciones o participaciones de la entidad emisora, cuando ello sea posible, y pueden ser adquiridas por la misma al objeto de la citada conversión; d) El pago de los intereses se suspenderá en el supuesto de que la entidad de crédito haya presentado pérdidas en el semestre natural anterior.

Por tanto, las obligaciones subordinadas tienen rasgos similares a los valores representativos del capital en su rango jurídico, ya que se postergan detrás del resto de acreedores, sirviendo de última garantía, justo delante de los socios de la sociedad, asemejándose a las acciones en dicha característica de garantía de los acreedores.

Tras la promulgación de la Ley 47/2007, este producto financiero se rige por lo previsto en los arts. 78 bis y 79 bis LMV; mientras que con anterioridad a dicha normativa MiFID, se regían por lo previsto en el art. 79 LMV y en el RD 629/1993, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

*c) Las participaciones preferentes:*

4.- 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.

Sobre este producto financiero se ha pronunciado específicamente esta Sala en sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; y 489/2015, de 16 de septiembre . En ellas, se resalta la sujeción de estos productos financieros a la normativa MiFID, y con anterioridad, a las previsiones del art. 79 LMV y al RD 629/1993 .

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 artículo 2 h ) incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes están reguladas en la antes citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 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 permite 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.

*B) 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 la sentencia 489/2015, de 16 de septiembre , 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.

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 "Caixa Catalunya" a los demandantes 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 , y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 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.

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 los clientes adquirieron los diferentes productos -depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes- porque les fueron ofrecidos por la empleada de "Caixa Catalunya" con la que tenían una especial relación. 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.

7.- En este caso, no consta que hubiera esa información previa, más allá de las afirmaciones interesadas de la empleada de la entidad, que no pueden suplir el rastro documental que exige la normativa expuesta y que en este caso brilla por su ausencia; y ni siquiera la información que aparecía en las órdenes de compra de los productos, preredactadas 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 la naturaleza de los productos (como era la del plazo, cuando en realidad se trataba de participaciones

perpetuas), y no se informaba sobre sus riesgos. En suma, la información que la sentencia recurrida declara recibida es insuficiente conforme a las pautas legales exigibles.

8.- Como consecuencia de lo cual, en tanto que la sentencia recurrida se opone frontalmente a la normativa expuesta y a la jurisprudencia de esta Sala, debe ser casada, asumiendo la instancia este Tribunal.

**CUARTO.- Asunción de la instancia.**

1.- Asumida la instancia, debemos resolver el recurso de apelación interpuesto por "Caixa Catalunya" contra la sentencia de primera instancia.

2.- Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1.301 CC , hemos establecido en sentencias de esta Sala 489/2015, de 16 de septiembre , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , que «[e]n 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».

3.- Conforme a dicha doctrina, no puede tomarse como referencia la fecha en que las partes suscribieron el primer contrato de cuenta de valores en el año 2000, sino que habrá de estarse a la fecha en que, con relación a cada producto de inversión objeto de litigio, los demandantes tuvieron conocimiento de su verdadera naturaleza y riesgos. Y como quiera que todos los contratos litigiosos se celebraron a partir del año 2010 y la demanda se presentó el 11 de octubre de 2012, es patente que, aun contando el plazo desde la fecha de suscripción, la acción no había caducado. E incluso aunque considerásemos que las adquisiciones de deuda subordinada se hicieron antes (a tal efecto, la parte demandada hace una interesada mezcla de fechas entre las distintas compras, sin llegar a concretar con certeza en qué fecha se adquirieron las que son objeto de la pretensión de nulidad en este procedimiento), los clientes no pudieron tener conciencia de lo que habían adquirido hasta que solicitaron de la entidad que les entregara la documentación oportuna, el 18 de junio de 2012 (folio 32 de las actuaciones). De donde igualmente se desprende que, en ningún caso, podía estar caducada la acción.

4.- En lo que respecta a los depósitos, la entidad financiera sigue insistiendo en que se trataba de meras imposiciones a plazo fijo, cuando la simple lectura de los contratos, e incluso sus títulos (se les denomina "depósitos estructurados"), 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. Lo que, como hemos explicado más arriba, conlleva que, según el art. 2 LMV, tengan la consideración legal de productos de inversión y estén sujetos a la normativa del mercado de valores.

5.- Y ni respecto de tales depósitos estructurados (derivados financieros), ni de las obligaciones subordinadas, ni de las participaciones preferentes, consta que el banco ofreciera una información suficiente, ajustada a las exigencias que ya hemos visto imponía la legislación vigente en cada momento (antes o después de la incorporación de la normativa MiFID). 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.

6.- Dijimos en las sentencias de Pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 460/2014, de 10 de septiembre , y 769/2014 de 12 enero de 2015 , por citar sólo algunas de las que han abordado productos similares a los ahora tratados, 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.

La LMV, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, ya establecía en su art. 79 , 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 [...]». Y tras la incorporación de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79 .bis LMV sistematizó mucho más la información a recabar por las empresas de inversión sobre sus clientes, su perfil inversor y sus necesidades y preferencias inversoras.

7.- El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor fue detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la LMV (Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, según estuviera ya o no en vigor la normativa MiFID). Resumidamente, las empresas de inversión 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, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes. Y con posterioridad a la reforma de 2007, realizando los test de conveniencia y/o idoneidad precisos para asegurarse de la adecuación del producto al perfil inversor del cliente.

8.- 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 los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso 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 suministrarla 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 no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero 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 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en tal caso, 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, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

9.- Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 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 núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Caixa Catalunya, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes.

10.- En definitiva, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de los productos contratados y de los concretos riesgos asociados a los mismos, que determina en los clientes que los contrataron 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.

A lo que no es óbice que en el caso de los depósitos estructurados el capital fuera reembolsado a los clientes a sus respectivos vencimientos, puesto que ello tendrá trascendencia respecto del contenido económico concreto de la restitución de las prestaciones, pero no afecta al vicio de nulidad. Lo cual está perfectamente previsto en el fallo de la sentencia apelada, que ahora confirmamos.

11.- Lo expuesto lleva a que el recurso de apelación deba ser desestimado, y el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmado.

#### **QUINTO.- Costas y depósitos.**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal supone que deben imponerse a los recurrentes las costas causadas por el mismo, según determina el art. 3981. LEC .

2.- 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 .

3.- 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.

4.- Procede la devolución de los depósitos constituidos para los recursos que han sido estimados; y la pérdida del constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal; de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Dña. Petra y D. Javier , contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 8 de octubre de 2013, en el recurso de apelación nº 374/2013 .

2.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Petra y D. Javier , contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 8 de octubre de 2013, en el recurso de apelación nº 374/2013 , que anulamos y dejamos sin efecto.

3.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por "Catalunya Banc, S.A." contra la sentencia nº 133/2013, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Zaragoza, con fecha 1 de julio de 2013 , en el juicio ordinario nº 951/2012, que confirmamos en todos sus pronunciamientos.

4.- Imponer a Dña. Petra y D. Javier las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.- Imponer a "Catalunya Banc, S.A." las costas del recurso de apelación.

6.- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

7.- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos desestimados y la devolución del constituido para el estimado.



Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Pedro José Vela Torres. Firmada y rubricada.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro José Vela Torres**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ