



Roj: **STS 3355/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3355**

Id Cendoj: **28079110012018100537**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **3778/2015**

Nº de Resolución: **537/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 537/2018**

Fecha de sentencia: 28/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3778/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3778/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 537/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 28 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana. El recurso fue



interpuesto por la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A. (antigua NCG Banco S.A.), representada por el procurador Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de Adrián Dupuy López. Es parte recurrida Rodrigo , representado por el procurador Carlos Plasencia Baltes y bajo la dirección letrada de Ignacio Ilisástigui Comillas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Javier Sintés Sánchez, en nombre y representación de Rodrigo , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana, contra la entidad Novacaixagalicia Banco S.A., para que dictase sentencia por la que:

«1º.- Declare la nulidad de los contratos acompañados bajo Bloque de Doc. nº 2 del presente escrito, con los efectos prevenidos en el artículo 1303 del Código Civil .

»2º.- Subsidiariamente al punto 1º, se interesa la declaración de la nulidad de la orden de suscripción de fecha 25.02.2010 (Doc. nº 2.5) al no existir el consentimiento del actor, con los efectos del artículo 1303 del Código Civil .

»3º.- Subsidiariamente a los puntos 1º y 2º, se declare la resolución de los contratos aportados bajo Bloque de Doc nº 2, por los incumplimientos de la demandada en relación a la información prestada al actor, y se indemnice al mismo con el importe resultante de: aminorar de los importes abonados por el actor por las suscripciones, el importe de los dividendos recibidos por el mismo, y se condene a la entidad demandada a abonar el interés legal del dinero sobre dicho importe a concretar en ejecución de sentencia, desde la fecha de interposición de la demanda. Interés que se verá incrementado en 2 puntos desde la fecha de la sentencia hasta el efectivo pago.

»4º.- Condene a la demandada al pago de las costas procesales, en cualquiera de los casos».

2. El procurador José Javier Fernández Manrique de Lara, en representación de la entidad NCG Banco S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

«se desestime la demanda con imposición de costas a la demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia con fecha 3 de octubre de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Desestimar la demanda de D. Rodrigo contra la entidad "Novacaixagalicia Banco S.A.".

»Las costas de este juicio se imponen a la parte demandante».

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Rodrigo .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, mediante sentencia de 22 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se estima el recurso de apelación interpuesto por Don Rodrigo , contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2013 , revocándola, y en su lugar, estimando íntegramente la demanda interpuesta por Don Rodrigo contra Nova Caixa Galicia Banco S.A. se declara la nulidad de los contratos acompañados como Bloque nº 2 con la demanda, denominados "Órdenes de Valores" nº NUM000 , nº NUM001 , nº NUM002 y nº NUM003 y "Contrato de depósito y administración de valores de fecha 11-12-2009", obrantes respectivamente a los folios 29, 30, 31 y 32; 35, y, 33 y 34, de las actuaciones, condenando a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad resultante de todos los cargos y entregas realizados como consecuencia de dichos contratos, previo descuento de los abonos que, en su caso, se hayan realizado, más los respectivos intereses legales de los cargos entregas y abonos, desde las fechas de cada uno de los respectivos cargos, entregas y abonos, a determinar en ejecución de sentencia; con imposición a la parte demandada de las costas de la primera instancia; sin hacer especial imposición de las costas de la alzada»

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

1. El procurador Braulio Reyes Rodríguez, en representación de la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A. (antes NCG Banco S.A.), interpuso recurso de casación ante la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.



El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y jurisprudencia que los interpreta».

2. Por diligencia de ordenación de 11 de diciembre de 2015, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A. (antigua NCG Banco S.A.), representada por el procurador Rafael Silva López ; y como parte recurrida Rodrigo , representado por el procurador Carlos Plasencia Baltes.

4. Esta sala dictó auto de fecha 14 de febrero de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Abanca Corporación Bancaria, S.A. (antes NGC, Banco, S.A.) contra la Sentencia dictada el 22 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4.ª) en el rollo de apelación n.º 99/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1752/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Bartolomé de Tirajana».

5. Dado traslado, la representación procesal de Rodrigo presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 11 de diciembre de 2009, Rodrigo concertó con Novacaixagalicia Banco, S.A. (ahora, Abanca Corporación Bancaria, S.A.) un contrato de depósito y administración de valores. En el marco de dicha relación contractual realizó cuatro órdenes de adquisición de valores: los días 18 de enero y 25 de febrero de 2010, participaciones preferentes Caixa Galicia EM 10-2-2009; y los días 15 y 22 de octubre de 2010, participaciones preferentes Caixa Galicia EM 18-5-2009.

Respecto de la orden de valores fechada el 25 de febrero de 2010, no consta la firma de Rodrigo , pero sí que el banco remitió un extracto de la cuenta al Sr. Rodrigo , en la que aparecía esta adquisición, sin que el cliente hubiera manifestado nada en contra.

El 23 de noviembre de 2009, el banco había recabado el test de conveniencia en el que el Sr. Rodrigo dejó constancia de que tenía una «profesión relacionada con los mercados financieros» y declaraba conocer «los mercados de valores, los instrumentos financieros y los riesgos derivados de invertir en los mismos».

Rodrigo había sido empleado y apoderado de Santander Consumer Finance, S.A. desde 1991, de Banco Central Hispanoamericano S.A. desde 1995, y de Banco Santander, S.A. desde 1999. Llegó a ser director de una sucursal de Banco Santander.

2. Rodrigo en su demanda pidió la nulidad de las cuatro adquisiciones de preferentes por error vicio en el consentimiento, en la medida en que pretendía una inversión conservadora y no se le informó del riesgo que corría con la adquisición de las participaciones preferentes. Con carácter subsidiario, pidió la nulidad de la adquisición valores de fecha 25 de febrero de 2010, por falta de consentimiento, porque no constaba su firma. Y, también de forma subsidiaria a las dos anteriores peticiones, solicitó la resolución de las cuatro órdenes de adquisición por incumplimiento de los deberes de información por parte del banco.

3. El juzgado de primera instancia desestimó todas estas pretensiones. En primer lugar, entendió que la experiencia y capacitación profesional del cliente demandante (había trabajado como empleado de banco y había llegado a ser director de una sucursal), y la propia manifestación vertida en el test de conveniencia (tenía una profesión relacionada con los mercados financieros y conocía los mercados de valores, los instrumentos financieros y los riesgos derivados de invertir en ellos) ponían en evidencia que conocía lo que adquirió, por lo que no hubo error, y de haberlo habido sería inexcusable.

Respecto de la segunda petición, la sentencia de primera instancia considera que, aunque no consta la firma del cliente en la orden de adquisición, prestó su consentimiento, pues es muy significativo que, al recibir más tarde



el extracto de cuenta en la que aparecía esta adquisición, el cliente, estando como estaba muy familiarizado y acostumbrado con esta documentación, no manifestó nada en contra.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación. La Audiencia estima el recurso, porque a su juicio se incumplieron los deberes de información y existió error en su contratación, porque el banco no ha acreditado que «la actora conociera los riesgos de este producto complejo, ni que tuviera la formación e información necesarias para evaluarlos (careciendo de virtualidad a estos efectos, por tanto, el mero hecho de que, antes de su jubilación, hubiera trabajado en una entidad bancaria en una época en que no se comercializaba este producto)».

5. Frente a la sentencia de apelación, el banco formula recurso de casación, sobre la base de un motivo.

#### **SEGUNDO.** *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo*. El motivo denuncia la «infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello, según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que lo desarrolla».

Cita expresamente las siguientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: sentencias de 20 de noviembre de 1989, de 22 de mayo de 2006, de 21 de noviembre de 2012, de 29 de octubre de 2013 y de 20 de enero de 2014, «que establecen los requisitos generales para apreciar la existencia de error como vicio del consentimiento»; sentencias de 12 de febrero de 1979 y 6 de febrero de 1998, «que declaran el carácter excepcional en la apreciación de los vicios del consentimiento»; sentencias de 25 de noviembre de 2000 y 21 de abril de 2004, «que establecen la presunción iuris tantum de validez de los contratos»; y las sentencias de 8 de febrero de 1993, 21 de mayo de 1997 y 21 de noviembre de 2012, «que declaran la necesidad del análisis del momento de la contratación para determinar la concurrencia del error vicio del consentimiento».

Procede estimar el motivo, por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo*. Las cuatro operaciones de adquisición de participaciones preferentes de Novacaixagalicia Banco, S.A., cuya nulidad por error vicio ha sido acordada por la sentencia recurrida, son posteriores a la trasposición de la Directiva MiFID, con la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Las órdenes de adquisición datan de los días 18 de enero y 25 de febrero de 2010, y 15 y 22 de octubre de 2010.

En el presente caso, las participaciones preferentes han sido consideradas por este tribunal como productos financieros complejos, y entre los hechos probados no consta que el demandante fuera un inversor profesional. Lo que no excluye que pudiera tener la experiencia y el conocimiento propios de haber trabajado durante años en una entidad bancaria.

Por tratarse de un producto financiero complejo y ser el adquirente un cliente minorista, el banco que comercializaba las participaciones estaba afectado por los deberes de información que preveía el art. 79 bis.3 LMV.

Bajo la normativa MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación (art. 79 bis.3 LMV).

Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre].

3. La jurisprudencia sobre esta incidencia del incumplimiento de los deberes de información sobre el error vicio se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014:

«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 CC). Además el error ha de ser 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.»



»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida».

De tal forma que, en estos casos de contratación de productos financieros complejos, «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» ( sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 ).

Esta es en síntesis la jurisprudencia relevante con arreglo a la cual hemos de analizar si en el presente caso ha podido existir una infracción de los art. 1265 y 1266 CC , por parte de la sentencia recurrida, al apreciar la nulidad por error vicio.

**4.** En la instancia no ha quedado acreditado que el banco hubiera informado al cliente, antes de la realización de estas cuatro adquisiciones de participaciones preferentes, de las características del producto y de sus concretos riesgos.

El incumplimiento de los deberes de información, como hemos visto, aunque no determina la nulidad por error, permite presumir el error. Lo que no impide que esta presunción pueda contradecirse si se constata que el cliente conocía el producto y sus riesgos cuando contrató.

En este caso ese conocimiento se puede inferir de hechos acreditados en la instancia que, sin embargo, no fueron valorados por el tribunal de apelación para juzgar sobre la existencia de error vicio: i) el demandante, aunque estaba jubilado (si al presentar la demanda afirma tener 61 años, al contratar las primeras preferentes debía tener alrededor de 58 años), había sido empleado de un banco durante muchos años (apoderado de Santander Consumer Finance, desde 1991, de Banco Central Hispanoamericano desde 1995 y de Banco Santander desde 1999), llegando a ser, incluso, director de una sucursal del Banco Santander; ii) él mismo, al rellenar el test de conveniencia, declaró que tenía una «profesión relacionada con los mercados financieros» y conocía «los mercados de valores, los instrumentos financieros y los riesgos derivados de invertir en los mismos».

El hecho de que el propio demandante hubiera declarado en el test de conveniencia que tenía una profesión relacionada con los mercados financieros, lo que queda ratificado porque había sido director de una sucursal bancaria desde 1999, en un tiempo en que empezaba la comercialización generalizada de productos financieros complejos, corrobora la veracidad de lo que también declaró en el test de conveniencia de que conocía los mercados de valores, los instrumentos financieros y los riesgos derivados de invertir en ellos.

A la vista de lo anterior y de la jurisprudencia expuesta, debía concluirse que aunque no hubiera habido prueba suficiente de que el banco había proporcionado información sobre la naturaleza del producto y sus riesgos, el cliente lo conocía, razón por la cual el consentimiento que prestó en las cuatro adquisiciones de participaciones preferentes no estaba viciado de error invalidante.

**5.** La estimación del recurso de casación conlleva la desestimación del recurso de apelación de Rodrigo respecto de la desestimación de la pretensión principal, la nulidad por error vicio de las cuatro adquisiciones de participaciones preferentes.

También procede desestimar la apelación respecto de la desestimación de la pretensión de nulidad de la adquisición de preferentes del día 25 de febrero de 2010. Aunque no aparezca en la orden de adquisición la



firma del Sr. Rodrigo , debemos presumir su consentimiento de los actos posteriores y coetáneos, en concreto de que en esos meses hubiera realizado varias contrataciones del mismo producto y de que al recibir los extractos de cuenta en los que aparecía la inversión, no hubiera manifestado nada en contra, estando como estaba tan familiarizado con esta documentación por su actividad profesional. Esta familiaridad hacía que no le pudiera pasar inadvertida el reflejo de esta inversión en los extractos de cuenta.

También procede confirmar la desestimación de la pretensión de resolución de los contratos de adquisición de las participaciones preferentes, porque, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, el incumplimiento de los deberes de información previos a la contratación no puede justificar la resolución de los contratos concertados.

Desestimado el recurso de apelación, confirmamos la sentencia de primera instancia.

#### **TERCERO.** Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).
2. Desestimado el recurso de apelación, imponemos a la parte apelante las costas de su recurso ( art. 398.1 LEC ).

#### **FALLO**

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

**1.º** Estimar el recurso de casación formulado por Abanca Corporación Bancaria, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (sección 4.ª) de 22 de mayo de 2015 (rollo núm. 99/2014 ), que dejamos sin efecto.

**2.º** Desestimar el recurso de apelación formulado por Rodrigo contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana de 3 de octubre de 2013 (juicio ordinario 1725/2012), cuya parte dispositiva confirmamos.

**3.º** No hacer expresa condena en costas respecto del recurso de casación e imponer las costas de la apelación a la parte apelante.

**4.º** Se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.