

Roj: STS 4294/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4294
Id Cendoj: 28079110012016100582

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2879/2014

Nº de Resolución: 614/2016

Procedimiento: CIVIL

Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 7 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a Rafaela y D. Victorino , representados por el procurador D. Antonio García Martínez, bajo la dirección letrada de D. Juan José Ortega García, contra la sentencia n.º 187/2014, de 23 de junio dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 1112/2013 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 688/2013 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. José-Luis Font Barona.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu, en nombre y representación de D.^a Rafaela y de D. Victorino , interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...]estime íntegramente esta demanda por lo que en consecuencia se declare principalmente la nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento por inexistencia de firma de las citadas órdenes de compra, contrato de canje y contratos vinculados con la citada compra, o subsidiariamente la nulidad/anulabilidad por vicio del consentimiento basado en el error prestado por mis mandantes a causa del incumplimiento de Bankia de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios, de las Órdenes de Compra de compra de dichos valores, contrato de canje y contratos que estén vinculados con la citada compra, y en sus méritos conforme al art. 1030 C.Civil , se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a mis mandantes como principal la cantidad total efectiva invertida, VEINTISIETE MIL EUROS (27.000 euros), más el interés legal de esta cantidad desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANKIA o entidad que ésta designe sobre las acciones objeto de esta Litis, consolidando la propiedad sobre las mismas.

»SUBSIDIARIAMENTE, en caso de que no sea estimada la pretensión principal anteriormente descrita, se declare de forma subsidiaria: la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de las Órdenes de Compra de dichos valores y contratos vinculados con dicha compra, y en sus méritos conforme al art. 1303 C.Civil , se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a mis mandantes como principal la cantidad total efectiva invertida, VEINTISIETE MIL EUROS (27.000 euros) deducidos los intereses cobrados por mis representados, más el interés legales de esta cantidad desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANKIA o entidad que ésta designe sobre las acciones objeto de esta Litis, consolidando la propiedad sobre las mismas.

»SUBSIDIARIAMENTE, en caso de que no sea estimada la pretensión subsidiaria primera anteriormente descrita, se declare de forma subsidiaria: la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de las Órdenes de Compra de dichos valores, canje y contratos vinculados con dicha compra, y en sus méritos

conforme al art. 1303 C.Civil , se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a mis mandante como principal la cantidad total efectiva invertida, VEINTISIETE MIL EUROS (27.000 euros) deducidos los intereses cobrados por mis representados, más el interés legal de esta cantidad desde la demanda hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANKIA o entidad que ésta designe sobre las acciones objeto de esta Litis, consolidando la propiedad sobre las mismas.

»Y, subsidiariamente, si no se concede la nulidad o anulabilidad interesada, solicitamos se declare el incumplimiento por parte de BANKIA o entidad que le suceda en sus derechos y obligaciones de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los instrumentos objeto de la presente demanda y se declare la resolución de dichos contratos, y en sus méritos se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a mis mandantes como principal la cantidad total efectiva invertida, VEINTISIETE MIL EUROS (27.000 euros), más el interés legal de esta cantidad desde la fecha de interposición de esta demanda y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANKIA o entidad que ésta designe sobre las acciones que han sido objeto de canje consolidando la propiedad sobre las mismas».

2.- La demanda fue presentada el 20 de mayo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia y fue registrada con el núm. 688/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

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

«[...]dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva a mi representadas de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con imposición de costas a 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 194/2013, de 5 de noviembre , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda formulada a instancia de Victorino y Rafaela que han estado representados por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Blasco Mateu contra la entidad Bankia, S.A. que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales Elena Gil Bayo debo declarar y declaro la nulidad de las ordenes de adquisición de obligaciones subordinadas desde 4 de enero del 2005 a 21 de julio del 2011 así como la nulidad de la orden de aceptación de la oferta de recompra de participaciones preferentes y suscripción de acciones de Bankia de 12 de marzo del 2012 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 27.000 € en concepto de principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados por la demandada por importe de 3.684,11 € más los intereses legales devengados por las correspondientes sumas de estos intereses desde su percepción; 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 Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 1112/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 187/14, de 23 de junio , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimando en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de BANKIA SA contra la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia en autos de juicio ordinario n.º 688/2013, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, desestimando la demanda formulada por la representación de Rafaela y Victorino , absolvemos a la entidad BANKIA SA de las pretensiones contra ella dirigidas, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

»No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada y se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir».

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

1.- El procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu, en representación de D. Victorino y D.^a Rafaela , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2 en relación con los arts. 209 y 218 LEC).

»Segundo.- Errores en la valoración de la prueba que conlleva a una valoración irracional, ilógica y arbitraria (vulneración del art. 469.1.4 en relación con el art. 217 y el 24 CE)».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- infracción del art. 72 del RD 217/2008 de 15 de Febrero , en relación con el art.79 bis. 6 de la Ley del Mercado de Valores , la sentencia impugnada al pasar por alto el incumplimiento de la obligación de pasar el correspondiente test de idoneidad se opone a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 20 de Enero del 2014 , del pleno.

»Segundo.- Infracción del art. 73 del RD 217/2008 de 15 de Febrero , en relación con el art. 79 bis. 7 de la Ley del Mercado de Valores , la sentencia impugnada al pasar por alto el incumplimiento de la obligación de pasar el correspondiente test de conveniencia se opone a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 20 de Enero del 2014 , del pleno.

»Tercero.- Infracción del art. 79 y 79 bis de la LMV, en relación con el art. 3 y 5 del anexo al RD 629/1993 y artículo 64 del RD 217/2008 , la sentencia impugnada al pasar por alto la exigencia de un alto estándar de buena fe e información completa, clara y precisa de la empresa de servicios de inversión al cliente, se opone a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del pleno de 18 de Abril de 2013 .

»Cuarto.- Infracción de los art. 244 y 245 del Código de Comercio , relativos al contrato de comisión bursátil en relación con el art. 7 del Código Civil y art. 79 de la LMV y oposición de la sentencia impugnada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de Abril de 2013 que imputa a la empresa de servicios de inversión una responsabilidad por los daños sufridos al vender un producto no adecuado al perfil del cliente».

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 mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D^a Rafaela y D. Victorino , contra la sentencia de 23 de junio de 2014, dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, en el rollo de apelación n.º 1112/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 688/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, 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 29 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- D.^a Rafaela y D. Victorino adquirieron obligaciones subordinadas de Bancaja, 8.^a emisión, por un total de 27.000 €, mediante las siguientes operaciones:

- El 4 de enero de 2005, dos suscripciones por importe, respectivamente, de 15.000 y 3.000 €. Aunque no existe documento que refleje tales adquisiciones, han sido admitidas por ambas partes.

- El 4 de julio de 2008, una suscripción por importe de 4.000 euros, concurriendo iguales circunstancias de ausencia de documentación y admisión de su existencia por las partes que en el caso anterior.

- El 26 de noviembre de 2008, una orden de compra por importe de 1.000 €. Se entregó a los adquirentes un documento en el que, entre otras menciones, se indica que «el ordenante ha recibido una ficha que contiene la descripción completa de las características y riesgos del producto y también información sobre gastos y costes asociados».

- El 25 de noviembre de 2009, los demandantes suscriben una nueva orden de compra por importe de 1.000 €.

- El 14 de diciembre de 2010, se firma una nueva orden de compra por importe de 1.000 €. En la misma fecha se realizó a la Sra. Rafaela el test de conveniencia, quien firmó un documento, con la rúbrica «Advertencia de Riesgos Asociados al producto», en el que figuraba que el adquirente es conocedor de que la valoración de los títulos podrá variar sustancialmente a lo largo del tiempo y vida del título y podrá hacerlo en función de la evolución de los tipos de interés y del beneficio típico obtenido por Bancaja, así como que puede darse el caso de no recuperar el 100% del capital invertido en función de la oferta y demanda de estos títulos. Se le entregó en el mismo acto de la firma la ficha del producto.

- El 20 de julio de 2011, se suscribe la última orden de compra por importe de 2.000 €, con iguales indicaciones que en los supuestos anteriores.

2.- El 15 de marzo de 2012, la Sra. Rafaela aceptó y firmó una oferta de canje del total de las obligaciones subordinadas (nominal de 27.000 €) por acciones de Bankia, S.A. Con el documento de canje se firmó un anexo, en el que constaba que, conforme al test de conveniencia realizado al efecto, el producto financiero no resultaba adecuado para sus conocimientos y experiencia inversora.

3.- D.^a Rafaela y D. Victorino interpusieron demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A., en la que solicitaban la nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento de las órdenes de compra de las mencionadas obligaciones subordinadas, así como del contrato de canje y contratos vinculados con la citada compra; subsidiariamente, la nulidad por error en el consentimiento; y subsidiariamente, la declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información con la consiguiente resolución contractual y restitución de las prestaciones.

4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda, al considerar resumidamente que los adquirentes no habían sido debidamente informados de las características y riesgos de los productos adquiridos, ni en su ofrecimiento había tenido en cuenta la entidad el perfil conservador y de escasa experiencia financiera de los inversores. Por lo que prestaron un consentimiento viciado por error. Como consecuencia de ello, declaró la nulidad de la operación de compra de obligaciones subordinadas de Bancaja y condenó a Bankia a restituir a los demandantes 27.000 €, más intereses legales, con la deducción de las cantidades cobradas por los clientes.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por Bankia, revocó la resolución y, en consecuencia, desestimó la demanda interpuesta. En síntesis, consideró que los demandantes no pueden alegar desconocimiento cuando concertaron operaciones de adquisición hasta en siete ocasiones. Consideró, asimismo, que la prueba practicada no permite concluir que el banco no informara a los clientes, pero que, en todo caso, éstos tenían la información a su disposición; aparte de que la Sra. Rafaela firmó una orden de compra, en la que se expresaban los riesgos y características del producto.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Incongruencia omisiva. Inadmisibilidad por no haber solicitado complemento de sentencia.*

Planteamiento:

1.- Los Sres. Rafaela y Victorino formularon un primer motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de los arts. 209 y 218 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo alegan, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva, porque no ha analizado ni resuelto la tercera de las pretensiones formulada en la demanda, de carácter subsidiario, y relativa a la resolución de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas, por incumplimiento por parte de la entidad financiera de sus obligaciones de asesoramiento. Ni tampoco se pronuncia expresamente sobre la nulidad del canje de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia.

Decisión de la Sala :

1.- El motivo resulta inadmisibile. Según el artículo 469.2 LEC, solo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 CE, se hayan denunciado en la instancia. Es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes, que obliga a reaccionar en

tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que de no hacerlo así, pierden la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario.

Cuando la supuesta infracción se refiere a la incongruencia omisiva de la sentencia, no puede admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal si no se ha solicitado la subsanación de la omisión de pronunciamiento o complemento de la sentencia prevista en el art. 215 LEC (Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, y sentencias núm. 538/2014, de 30 de septiembre, y 405/2015, de 2 de julio, y las que en ella se citan). Y en este caso no se solicitó el complemento de sentencia.

2.- Lo que implica la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.1º, en relación con la Disposición Final 16.ª, 1, regla 2.ª, LEC, que se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del motivo (sentencias de esta Sala núm. 72/2009, de 13 de febrero, 33/2011, de 31 de enero, y 564/2013, de 1 de octubre). A lo que no obsta que en su día este motivo del recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias núm. 97/2011, de 18 de febrero, y 548/2012, de 20 de septiembre). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Carga de la prueba. Valoración errónea.

Planteamiento:

Este segundo motivo se subdivide en dos alegaciones diferentes. En primer lugar, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se alega infracción del art. 217, apdos. 7 y 6, LEC, porque la carga de la prueba de la firma de las órdenes de compra y del ofrecimiento de la información corresponde a la entidad de servicios de inversión y no al cliente. Y en segundo lugar, conforme al art. 469.1.4.º LEC, se denuncia valoración ilógica, irracional y arbitraria de la prueba, dado que la sentencia no tiene en cuenta que el test de conveniencia realizado a la demandante antes del canje de las obligaciones subordinadas por acciones desaconsejó ese tipo de inversión para su perfil de cliente.

Decisión de la Sala:

1.- En este motivo se mezclan indebidamente dos infracciones diferentes, que deberían haber sido denunciadas en motivos distintos. Respecto a la carga de la prueba, la única mención que se hace en la sentencia recurrida al art. 217 LEC es para afirmar que no se ha probado la existencia de error en el consentimiento en las siete órdenes de compra de obligaciones subordinadas (fundamento jurídico cuarto, *in fine*). Sin embargo, pese a la cita de dicho precepto, no tiene relación con la carga de la prueba, sino que sirve para afirmar que no se estima probada la concurrencia del vicio del consentimiento denunciado. Lo que realmente no es una afirmación de valoración probatoria, sino una valoración jurídica, basada en los argumentos utilizados en los párrafos precedentes del mismo fundamento jurídico, que lleva a concluir a la Audiencia Provincial que el consentimiento prestado por los demandantes no estaba viciado por error. Y las valoraciones jurídicas han de combatirse mediante el recurso de casación, no a través del extraordinario por infracción procesal.

2.- En lo que atañe a la supuesta irracionalidad en la valoración de la prueba, sucede otro tanto. El supuesto error denunciado no sería un error de hecho, que es el revisable excepcionalmente en el recurso extraordinario por infracción procesal, por el cauce del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, sino un error de valoración jurídica, pues se refiere a cuestiones de naturaleza estrictamente sustantiva y de interpretación de la adecuación del negocio jurídico de canje al perfil inversor de la demandante (por todas, sentencia de esta Sala núm. 460/2016, de 5 de julio, y las que en ella se citan).

3.- Como consecuencia de lo expuesto, este segundo motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación.

CUARTO.- Planteamiento. Admisibilidad.

1.- El recurso de casación se formula al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3.º LEC y se desarrolla en cuatro motivos.

En el primer motivo, se alega la vulneración del art. 72 del RD 217/2008, de 15 de febrero, en relación con el art. 79 bis.6 LMV, al pasar por alto la sentencia recurrida el incumplimiento de la obligación de realizar el test de idoneidad, lo que se opone a la doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia de Pleno de 20 de enero de 2014.

En el motivo segundo se alega la infracción del art. 72 del RD 217/08, de 15 de febrero, en relación con el art. 79 bis.7 LMV, al no tomar en consideración la sentencia recurrida la omisión del test de conveniencia, lo que se opone a la doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia de Pleno de 20 de enero de 2014.

En el motivo tercero se invoca la infracción de los arts. 79 y 79 bis LMV, en relación con los arts. 3 y 5 del Anexo al RD 629/1993 y art. 64 del RD 217/2008, al omitir la sentencia recurrida la exigencia legal de un alto estándar de buena fe e información completa, clara y precisa de la empresa de servicios de inversión al cliente, lo que se opone a la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de Pleno de 18 de abril de 2013.

En el motivo cuarto se alega la infracción de los arts. 244 y 245 CCom., en relación con los arts. 7 CC y 79 LMV y la doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia de Pleno de 18 de abril de 2013, hace responsable a la empresa de servicios de inversión de los daños sufridos al vender un producto no adecuado al perfil del cliente.

2.- Pese a la oposición de la parte recurrida, el recurso es admisible. En primer lugar, porque el cauce casacional elegido es el adecuado, ya que el procedimiento se siguió por razón de la cuantía, que es inferior a 600.000 €, por lo que el acceso a la casación debía hacerse a través del art. 477.2.3.º LEC, en su redacción dada por la Ley 37/2011, puesto que la sentencia recurrida se dictó con posterioridad a su entrada en vigor. Y en segundo lugar, porque se citan los preceptos legales que se consideran infringidos y se identifica correctamente la jurisprudencia de esta Sala que se estima contrariada por los pronunciamientos de la Audiencia Provincial. Por lo que queda debidamente justificado el interés casacional.

QUINTO.- *Consideraciones previas a los cuatro motivos de casación. Caracterización legal y jurisprudencial de las obligaciones subordinadas.*

1.- Antes de resolver los distintos motivos de casación formulados, conviene hacer unas precisiones sobre la naturaleza y características del producto financiero al que se refiere el litigio, a fin de definir la normativa aplicable y las exigencias legales sobre su comercialización.

Como dijimos en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero, 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 el 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 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.

2.- 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. Precisión temporal que resulta necesaria, dado que la primera adquisición se realizó en 2005 (preMiFID) y las otras seis cuando la normativa MiFID ya estaba en vigor en nuestro país.

SEXTO.- *Primer, segundo y tercer motivos de casación. Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.*

1.- En los dos primeros motivos de casación se denuncia la infracción de los apartados 6 y 7 del art. 79 bis LMV, por no haberse realizado a los clientes los test de idoneidad y conveniencia antes de la adquisición de los productos financieros litigiosos (salvo en una ocasión) y, por tanto, no haberse cerciorado la entidad financiera de que los mismos eran adecuados a su perfil inversor y recomendables para ello. En relación con lo cual, ha de precisarse que dicho art. 79 bis LMV únicamente resulta aplicable a las seis últimas adquisiciones de obligaciones subordinadas, las realizadas de 2008 en adelante, pero no a la primera, puesto que cuando se suscribió todavía no estaba en vigor dicho precepto, que fue introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Lo que no quiere decir que la entidad financiera estuviera exonerada de prestar información, puesto que venía obligada a ello por los arts. 78 y 79 LMV y por el RD 629/1993, de 3 de mayo.

2.- 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), sino que 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.

3.- Como venimos advirtiendo desde la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, las previsiones normativas anteriores a la trasposición de la Directiva MiFID eran 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 eran meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tenían el carácter de esenciales, pues se proyectaban sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

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

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

4.- A su vez, tras la incorporación a nuestro Derecho de la normativa MiFID, por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto -en este caso, obligaciones subordinadas- que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales de los clientes para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Y solamente se hizo un test de conveniencia respecto de una de las adquisiciones; y otro para el canje final por acciones, del que se desprendía precisamente su inconveniencia. Por ello, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como son las obligaciones subordinadas respecto de unos pequeños ahorradores.

SÉPTIMO.- *La contratación sucesiva del mismo producto no supe las obligaciones de información de la entidad de servicios de inversión.*

1.- La Audiencia Provincial no niega que la entidad financiera no ofreciera a los demandantes la información a que venía legalmente obligada, en los términos expuestos, pero afirma que los clientes tenían a su disposición las características del producto en las fichas que se les entregaban con las órdenes de compra, y sobre todo, que reiteraron la inversión hasta en siete ocasiones.

2.- Tales conclusiones se oponen a la jurisprudencia uniforme de esta Sala. En primer lugar, respecto de la disponibilidad de la información, la ausencia de estudio del perfil del cliente y la omisión del deber de asesoramiento con antelación suficiente, no pueden ser suplidas por la entrega de una ficha del producto en el mismo acto de la firma de la orden de compra. La Ley impone a la entidad financiera un deber activo de información y asesoramiento previo a la celebración del contrato y no basta con la mera disponibilidad de la información (sentencias de esta Sala núm. 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero). 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 oferte el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que éste pueda formarse adecuadamente. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación activa 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.

3.- Respecto a la celebración sucesiva de varios contratos, ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si como sucede en el caso, en las suscripciones previas del mismo producto, tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida (sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/2016, de 25 de febrero). Las sucesivas contrataciones del mismo producto de inversión, sin que en ninguna de ellas se cumpliera el estándar mínimo de asesoramiento e información legalmente exigible solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes.

OCTAVO.- *La incidencia del incumplimiento del deber de información en el error vicio.*

1.- Como venimos repitiendo en los fundamentos anteriores, las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 244/2013, de 18 de abril , 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , así como las sentencias núm. 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 a las obligaciones de información de las entidades de servicios de inversión y 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.- 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. Por lo que 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.

3.- El incumplimiento por la entidad del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes 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 antes mencionadas, «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 y con la necesaria antelación 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. 19 de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004), 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.

4.- Tampoco cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia, puesto que el error ya se había producido y los clientes, ante el riesgo cierto que suponía que la entidad emisora no tenía la solvencia que manifestaba, aceptaron dicho canje a fin de intentar incurrir en las menores pérdidas posibles. Es más, en dicho canje la entidad financiera incumplió nuevamente las obligaciones legales, como puso de manifiesto el Informe de la Comisión Nacional de Valores de 11 de febrero de 2013, al incidir en el conflicto de intereses entre la entidad y sus clientes a la hora de determinación del precio del canje. E incluso en el test de conveniencia que se realizó al efecto, la operación resultó desaconsejable.

NOVENO.- *Estimación del recurso de casación.*

Todo lo expuesto conlleva que los tres primeros motivos de casación hayan de ser estimados, anulando la sentencia recurrida, si necesidad de examinar el cuarto, y asumir la instancia a fin de desestimar el recurso de apelación y confirmar en todos sus pronunciamientos la sentencia de primer grado.

DÉCIMO.- *Costas y depósitos.*

1.- Pese a la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, la mención de la sentencia de la Audiencia Provincial al art. 217 LEC , provoca la existencia de dudas sobre la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de los demandantes, que aconsejan no hacer imposición de las costas causadas por este recurso, según permiten los artículos 394.2 y 398.2 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, conforme al art. 398.1 LEC .

4.- Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, LOPJ ; y la pérdida del constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal (apartado 9 de la misma Disposición).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D.ª Rafaela y D. Victorino , contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 23 de junio de 2014, en el recurso de apelación n.º 1112/2013 . 2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por los mismos recurrentes contra dicha resolución, que anulamos y dejamos sin efecto. 3.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia n.º 194/2013, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Valencia, con fecha 5 de noviembre de 2013 , en el juicio ordinario n.º 688/2013, que confirmamos en todos sus pronunciamientos. 4.- Imponer a Bankia, S.A. las costas del recurso de apelación. 5.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. 6.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso extraordinario por infracción procesal. Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.