

Roj: STS 5230/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5230  
Id Cendoj: 28079110012016100686  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1400/2014  
Nº de Resolución: 718/2016  
Procedimiento: Casación  
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 1 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 5ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao. El recurso fue interpuesto por Remigio , representado por el procurador Joaquín Fanjul de Antonio; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado por la procuradora Ana Llorens Pardo.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. La procuradora Belén Palacios Martínez, en nombre y representación de Remigio , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que estimando íntegramente la demanda, se declare:

1) La nulidad de las órdenes de compra de valores, para la compra de 1.200 aportaciones financieras subordinadas de Eroski 07-04 y 6100 aportaciones financieras subordinadas de Eroski 07-07 suscritas por D. Remigio , todo ello por error fundado, en sustancia, en la infracción del deber de lealtad y fidelidad al cliente y de no proporcionarle adecuada y suficiente información con respecto al contrato suscrito, por falta de claridad en su clausulado al utilizar términos inadecuados produciendo error por falta de información suficiente, adecuada, precisa y clara.

Y subsidiariamente, se declare la nulidad radical o de pleno derecho contractual, por vulneración o infracción de normas imperativas.

2) Se condene a la demandada a la efectiva devolución a la actora de los capitales invertidos en los contratos anulados y que ascienden a ciento ochenta y dos mil quinientos (182.500 €) euros actualizando su valor, por aplicación del interés legal desde la fecha de su contratación, así como a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que le fueren en lo sucesivo, por la contratación, el mantenimiento o por cualquier otra razón de la inversión demandada. Con obligación de la actora de reintegrar a la demandada la totalidad de los importes netos recibidos como intereses, que no incluyan las retenciones fiscales practicadas, con aplicación del interés legal desde la fecha de en que se abonaron.

3) Todo ello con imposición de las costas a la parte actora».

2. El Procurador Xabier Núñez Irueta, en representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representada de la totalidad de los pedimentos de la misma, con imposición de costas a la actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao dictó sentencia con fecha 2 de octubre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Doña Belén Palacios Martínez, en nombre y representación de D. Remigio , frente a la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador de los tribunales D. Xabier Núñez Irueta, debo declarar y declaro la nulidad de las órdenes de compra de valores para la compra de 1.200 aportaciones financieras subordinadas de Eroski 07-04 y la de 6.100 aportaciones financieras subordinadas de Eroski 07-07 suscritas por el demandante. Asimismo, se condena a la demandada a la devolución de los capitales invertidos ciento ochenta y dos mil quinientos euros (182.500 euros) actualizando su valor con aplicación del interés legal desde la fecha de su contratación, así como a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados al demandante o que lo fueren en lo sucesivo por razón de la contratación, el mantenimiento o cualquier otra razón de la inversión. Deberá la parte actora reintegrar a la demandada la totalidad de los importes netos recibidos como intereses, sin incluir las retenciones fiscales practicadas.

»Se imponen las costas a la parte demandada».

4. Con fecha 19 de noviembre de 2013 se dictó auto de aclaración de la anterior resolución con la siguiente parte dispositiva:

«Parte dispositiva: Acuerdo aclarar el fallo de la sentencia en la parte donde dice: "Asimismo, se condena a la demandada a la devolución de los capitales invertidos..." que diga "En consecuencia, se condena a la demandada a la devolución de los capitales invertidos..."

»En cuanto a las demás cuestiones se desestima la petición de aclaración de sentencia dictada con fecha 2/10/2013 , en el presente procedimiento.

»Sin condena en costas».

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante sentencia de 1 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia dictada el día 2 de octubre de 2013 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de los de Bilbao en el Juicio Ordinario nº 547/13, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su virtud dictar otra en que, con desestimación de la demanda interpuesta por D. Remigio debemos absolver y absolvemos a la antedicha recurrente de los pedimentos deducidos en su contra imponiendo al actor las costas procesales causadas en la primera instancia, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas en esta alzada.

»Devuélvase a la parte la totalidad del depósito constituido para recurrir».

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

1. La procuradora Belén Palacios Martínez, en representación de Remigio , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 5.<sup>a</sup>.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 1301 y 1969 del Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 13 de mayo de 2014, la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 5.<sup>a</sup>, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera 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 Remigio , representado por el procurador Joaquín Fanjul de Antonio; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado por la procuradora Ana Llorens Pardo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 25 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Remigio contra la sentencia dictada con fecha 1 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5.<sup>a</sup>), en el rollo

de apelación 62/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 547/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Bilbao».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., 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 17 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. Remigio , en abril de 2004, suscribió una orden de adquisición de 1.200 aportaciones financieras subordinadas de Eroski, en total 30.000 euros, y en julio de 2007 otra orden de adquisición de 6.100 aportaciones financieras subordinadas de Eroski, en total 150.000 euros.

El 1 de abril de 2013, Remigio formuló la demanda que dio inicio al presente procedimiento en la que pedía la nulidad de las órdenes de compra de valores para la adquisición de las reseñadas aportaciones subordinadas de Eroski, por error vicio, provocado por el incumplimiento de los deberes de información que recaían sobre el banco. Subsidiariamente, la demanda pedía la nulidad radical o de pleno derecho de ambas órdenes de compra, por vulneración de normas imperativas.

El BBVA, con carácter previo a su oposición, excepcionó su falta de legitimación pasiva, porque había actuado como mero comisionista, y la caducidad de la acción, pues habían transcurrido más de cuatro años desde la fecha de la adquisición de las aportaciones subordinadas.

2. El juzgado de primera instancia, en primer lugar, desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva, porque a su juicio no podía negarse que existiera un vínculo jurídico contractual entre las partes, respecto del que se pidió la nulidad.

También desestimó la excepción de caducidad de la acción, porque el plazo de cuatro años debía de computarse desde que se hubiera consumado el contrato, lo que para el juez equivalía al agotamiento de todas las obligaciones que se derivaban del contrato.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia de primera instancia concluyó que las aportaciones financieras subordinadas constituían un producto financiero complejo y la única información que constaba hubiera sido suministrada era la que aparecía en las órdenes de compra, que no indicaban nada acerca del carácter perpetuo de las aportación, ni de su indisponibilidad ni de las posibles garantías de recuperación del capital invertido.

El juzgado, a los efectos de valorar el error vicio en el consentimiento prestado por el demandante, remarcó que este no fue informado sobre los concretos riesgos del producto que adquiriría. Y concluyó que había existido error en la adquisición de las aportaciones financieras que, además de ser relevante y sustancial, resultaba excusable.

En consecuencia, declaró la nulidad de las dos órdenes de compra de aportaciones financieras subordinadas y ordenó la devolución de las cantidades invertidas por parte de la entidad demandada, junto con la restitución de la totalidad de los importes netos recibidos por el demandante, más los correspondientes intereses.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por BBVA. La Audiencia estimó al recurso. Después de reiterar que el BBVA gozaba de legitimación pasiva, apreció la excepción de caducidad.

La sentencia de apelación razona que la acción está sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años, que se computa desde la consumación del contrato. Aunque entiende que no debe confundirse la consumación con la perfección del contrato, razona por qué en este caso se cumplió con la adquisición de las aportaciones financieras subordinadas, y que desde entonces hasta la presentación de la demanda transcurrieron más de cuatro años:

«(La consumación) sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. En el presente caso nos encontramos ante una orden de compra y con ello ante un contrato, no de tracto sucesivo por mucho que el título adquirido lo sea, sino de tracto único pues la demandada recibe la orden de compra del cliente y se limita a adquirir para el mismo las participaciones que emite un tercero, de modo que el contrato se consuma cuando dada la orden de compra por el cliente el banco la materializa y

cobra su comisión (...). (L)as posibles actuaciones ulteriores a la misma como el depósito, que será meramente contable, de las obligaciones y las comunicaciones que se puedan dar de manera periódica sobre la evolución del producto, con una cuenta del cliente asociada, no implican como tal una prestación de este tipo de contrato sino las prestaciones derivadas de los servicios bancarios de prestación habitual al cliente, siendo meramente instrumentales y sin trascendencia (...). Siendo ello así y cuando la compra de las aportaciones de autos se ejecutó en los años 2004 y 2007 resulta que a la fecha de presentación de la demanda, el 14 de abril de 2013, la acción se encontraba caducada, lo que conduce sin más a la desestimación de la acción de anulabilidad con estimación de este motivo de recurso».

4. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Remigio , sobre la base de un único motivo de casación.

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

1. *Formulación del motivo* . El motivo denuncia la infracción de los arts. 1301 y 1969 CC , en relación con la apreciación de la excepción de caducidad de la acción.

En el desarrollo del motivo se argumenta que «la interpretación más acorde con el espíritu y literalidad de la Ley es aquella que sostiene que aun tratándose la orden de compra de un mandato o comisión mercantil, el inicio del cómputo del plazo de caducidad no se inicia desde el momento de su ejecución sino desde el momento en el que el ordenante tiene conocimiento del error padecido como consecuencia de la deficiente o insuficiente información facilitada por la entidad financiera oferente del producto financiero objeto de la orden de compra. Y ello en coherencia con lo dispuesto igualmente en el artículo 1969 del CC , ya que de otro modo, en la gran mayoría de los casos sería imposible ejercitar la acción de caducidad».

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

2. *Estimación del motivo* . El recurso, para justificar el interés casacional, refiere la existencia de diferencias en la interpretación del art. 1301 CC , en relación con el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad basada en el error vicio del consentimiento.

Esta cuestión, que ciertamente era controvertida, ha sido resuelta por esta sala con posterioridad a la formulación del recurso, en un sentido distinto al seguido por la sentencia recurrida y acorde con lo postulado en el recurso. Lo cual ratifica el interés casacional cuestionado por la parte recurrida en su oposición al recurso.

Fue en la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 , en la que nos pronunciamos sobre el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio, previsto en el art. 1301 CC . Y este criterio ha sido reiterado por resoluciones posteriores, a partir de la sentencia 376/2015, de 7 de julio , por lo que puede hablarse de jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 CC .

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil , «[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

En aquella sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 , hacíamos una interpretación del 1301 CC de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido:

«Al interpretar hoy el art. 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a " *la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas* ", tal como establece el art. 3 CC .

»(...) En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

»En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

»Por ello, en 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».

Conforme a esta doctrina, en nuestro caso el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio en el consentimiento no podía computarse, como entendió la Audiencia, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las aportaciones financieras subordinadas del año 2004 ni tampoco desde la adquisición de las aportaciones financieras subordinadas del año 2007, sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error vicio que invoca como motivo de anulación. En este caso, la situación de crisis económica de Eroski que le llevó al cese en el pago de los cupones correspondientes al 31 de enero de 2013, fue la que reveló al demandante cuáles eran las características del producto financiero adquirido y los riesgos que había asumido, respecto de los que -insistía en su demanda- no había sido informado. Fue entonces, cuando se dirigió al banco para reclamar información sobre lo que estaba ocurriendo, cuando se percató de lo que había adquirido.

Como desde ese momento, hasta la presentación de la demanda (abril de 2013), no había transcurrido el plazo de cuatro años, la acción no estaba caducada.

Por todo lo cual procede casar la sentencia y como tribunal de instancia resolver sobre la cuestión de fondo, en concreto, sobre la procedencia del error vicio, tal y como había sido apreciado por el juzgado de primera instancia.

### **TERCERO.** *Error vicio en el consentimiento*

**1.** *Jurisprudencia acerca de los deberes de información que pesaban sobre las entidades que prestaban servicios financieros al tiempo en que se realizaron las dos órdenes de compra .*

Como tribunal de instancia, debemos partir de la jurisprudencia de esta sala sobre los deberes de información que pesaban sobre la entidad financiera, al tiempo en que las partes concertaron la adquisición de las aportaciones financieras subordinadas de Eroski, en abril de 2004 y en julio de 2007. Para proyectar después la posible falta de información sobre el enjuiciamiento del error vicio.

Al tiempo en que se realizaron las dos órdenes de compra de estas aportaciones financieras subordinadas, en abril de 2004 y julio de 2007, no había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ni mucho menos el RD 217/2008, de 15 de febrero, por los que se traspuso la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID ( *Markets in Financial Instruments Directive* ).

Aunque la comercialización de estas aportaciones financieras subordinadas fue anterior a que se traspusiera en España la Directiva MiFID, en aquel momento ya existía una normativa, que hemos venido denominando pre-MiFID, que imponía en la comercialización de productos complejos como los adquiridos por el demandante, unos especiales deberes de información. Así lo expresamos, entre otras, en la sentencia 60/2016, de 12 de febrero :

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

»El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o

ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

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

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

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

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

2. De este modo, BBVA, al comercializar las «aportaciones financieras subordinadas» que ofreció y finalmente adquirió el demandante, estaba obligada a suministrar una información clara y comprensible a este cliente, que le permitiera conocer las características del producto financiero y sus concretos riesgos.

La entidad demandada, en su contestación, aunque sea para afirmar que cumplió con los deberes de información, reconoce que este producto financiero era equivalente al conocido como participaciones preferentes.

En realidad, estas aportaciones financieras subordinadas vienen reguladas en el art. 57 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, según el cual «independientemente de su denominación o formalización jurídica, tendrá la consideración de capital social cualquier aportación financiera subordinada contratada por la cooperativa con socios o terceros cuyo vencimiento no tenga lugar hasta la aprobación de la liquidación de la misma». El calificativo de subordinadas les viene porque, como dispone el apartado 5 del citado precepto, a efectos de prelación de créditos, se sitúan detrás de todos los acreedores comunes.

El carácter perpetuo de la aportación financiera permite que también se le aplique la consideración un "híbrido financiero", pues combina caracteres propios del capital y otros de la deuda, como en las denominadas "preferentes": «son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios» (sentencia 458/2014, de 8 de septiembre).

3. En nuestro caso, no queda constancia de que Remigio fuera inversor profesional, razón por la cual BBVA venía obligado a explicar muy bien estas características del producto, y en concreto el carácter perpetuo, junto con las posibilidades reales de recuperar el capital invertido, y los escenarios en que no sería posible.

Corresponde al BBVA la carga de acreditar el cumplimiento de estos deberes de información. Aunque en su contestación afirme que cumplió con dichos deberes, lo cierto es que no ha acreditado que con carácter previo a que el demandante hubiera dado las dos órdenes de compra, se le hubiera informado sobre estas características del producto.

Tan sólo constan las dos órdenes de compraventa de valores (documentos 2 y 3 de la demanda), y la ficha resumen del producto (documento núm. 1 de la demanda). Al respecto, resulta muy ilustrativo que en la ficha entregada se decía: «para conocer de forma detallada las características y riesgos de la Emisión, se requiere la lectura del Folleto completo de la misma o al menos el Tríptico-Resumen del folleto, ambos a disposición de los clientes en cualquier oficina de BBVA». Esta manifestación delata que el banco se limitó a poner a disposición del cliente la información, pero no observó -o por lo menos no consta acreditado- una

posición activa de suministrar esa misma información a la que se aludía -sobre las características del producto y sus riesgos- de forma verbal y con carácter previo a la contratación.

4. La existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala. En este sentido conviene traer a colación esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros complejos 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»

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

6. Es jurisprudencia constante de esta sala que «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 ).

De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre las características (sobre todo el carácter perpetuo) y los concretos riesgos de las aportaciones financieras subordinadas de Eroski ofertadas por BBVA, que fueron adquiridas de 2004 y en julio de 2007.

La presunción de error vicio, que admite una justificación en contrario, no ha quedado desvirtuada por el hecho de que el Sr. Remigio hubiera adquirido después participaciones preferentes de Telefónica y del propio BBVA, que al poco tiempo, en el 2011, vendió. Es más, estos hechos lo que ponen en evidencia es que para entonces todavía no había caído en la cuenta del riesgo que había adquirido con las «aportaciones financieras subordinadas» de Eroski, que se actualizó después.

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos riesgos asociados a las preferentes contratadas, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado.

7. Por todo lo anterior, procede confirmar la nulidad de la contratación de las «aportaciones financieras subordinadas» de Eroski, adquiridas por el demandante en abril de 2004 y julio de 2007, y comercializadas por BBVA.

Como hemos afirmado recientemente, en la sentencia 625/2016, de 24 de octubre, en un supuesto similar (comercialización de participaciones preferentes por una entidad bancaria distinta de las emisoras de estos productos), sin perjuicio de quién fuera la entidad emisora de las «aportaciones financieras subordinadas», a los efectos del presente proceso (la acción ejercitada de nulidad por error vicio), se sobreentiende que su comercialización se realizó entre BBVA y el demandante, razón por la cual la nulidad afecta exclusivamente a esta comercialización y los efectos consiguientes alcanzan a una y otro, partes en la comercialización.

Por ello, también en este caso, los efectos de la nulidad son los acordados en la sentencia de primera instancia: BBVA deberá restituir la inversión entregada por el demandante para la contratación de las «aportaciones financieras subordinadas», más el interés devengado desde que fue entregada; y el demandante deberá entregar a BBVA los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada ingreso.

#### **CUARTO. Costas**

1. Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas de este recurso a ninguna de las partes ( art. 398.2 LEC ).

2. La estimación del recurso de casación ha conllevado la desestimación del recurso de apelación interpuesto por BBVA, razón por la cual imponemos a la apelante las costas de la apelación ( art. 398.1 LEC ).

#### **FALLO**

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación formulado por Remigio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 5ª) de 1 de abril de 2014 (rollo núm. 62/2014), que dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por la representación de BBVA, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao de 2 de octubre de 2013 (juicio ordinario núm. 547/2013), cuya parte dispositiva confirmamos. **2.º-** No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación; y condenar a la parte apelante al pago de las costas de apelación. **3.º-** Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.