



Roj: **STS 4286/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4286**

Id Cendoj: **28079110012016100574**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2016**

Nº de Recurso: **2747/2014**

Nº de Resolución: **605/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 4492/2014,**
STS 4286/2016

SENTENCIA

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

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Bernardino y D.^a Genoveva , representados por la procuradora D.^a Nuria Munar Serrano, bajo la dirección letrada de D. Justo Pascual Monar, contra la sentencia núm. 254/2014, de 22 de septiembre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 168/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1827/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valencia. Ha sido parte recurrida Bankia S.A, representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D. Samuel Tronchoni Ramos y D. Ignacio Del Barrio Hernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a M^a José Lasala Colomer, en nombre y representación de D. Bernardino y D.^a Genoveva , interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se estimen los siguientes pedimentos de la demanda de forma subsidiaria:

»A) De forma principal, se declare la nulidad de pleno derecho y declare la nulidad radical de las órdenes de compra de las participaciones preferentes de Bancaja Series A y B, por importes de 30.000 y 90.000 €, código ISIN NUM000 , y NUM001 respectivamente y de obligaciones subordinadas Bancaja emisión 10 07/12 ISIN NUM001 , suscritos por D. Bernardino y Genoveva , y de los posteriores canjes por acciones de Bankia y ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración en cuanto a la restitución recíproca de las prestaciones recibidas, de acuerdo al 1303 del código civil, importes y compensaciones que deberán llevarse a cabo en ejecución de sentencia, por la imposibilidad de conocer con exactitud sus cuantías.

»B) Subsidiariamente para el caso no se estimara la nulidad de pleno derecho interesada, solicitamos se declare el incumplimiento por parte de BANKIA de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil , se declare la resolución de dichos contratos, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, más los gastos y comisiones cargados, incrementados con los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de sus respectivos cargos hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.



Igualmente se solicita que, en consecuencia, se declare la titularidad de BANKIA sobre las acciones que han sido objeto de canje consolidando la propiedad sobre las mismas, para lo cual se facilitará por parte de los actores, en caso de que fuera necesario, la puesta de disposición de las acciones, llevándose a cabo en ejecución de sentencia.

»C) Subsidiariamente, se solicita que, en caso de no considerarse lo anterior, se declare que BANKIA ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad como prestador de servicios de inversión en una venta asesorada de valores en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, minorado en las rentas recibidas por los actores. Esta pérdida de valor queda determinada por la diferencia entre el precio de adquisición de los instrumentos objeto de la presente demanda, minorada en las rentas recibidas más el interés legal desde su recepción, y el valor residual que en el momento de ejecutar sentencia tengan las acciones de Bankia.

»D) Subsidiariamente, finalmente, se solicita que en caso de no considerarse lo anterior, se declare que BANKIA ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como comisionista, asesor de inversiones y custodio y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Esta pérdida de valor resulta de la diferencia entre el valor que tenían los instrumentos objeto de la presente demanda en las distintas fecha en que BANKIA debió informar a los actores del deterioro del correspondiente emisor y el valor residual que en el momento de ejecutar la sentencia tengan los correspondientes instrumentos, estando obligado BANKIA, en su condición de depositario de los títulos, a determinar y facilitar tanto el valor de los instrumentos en las distintas fechas relevantes como su valor residual a la fecha en que se ejecute la sentencia.

»E) En cualquier caso, con expresa imposición de las costas a la parte demandada, aun cuando fuere estimada parcialmente por su temeridad y mala fe».

2.- La demanda fue presentada el 21 de noviembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valencia, fue registrada con el núm. 1827/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la 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 representada 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 5 de Valencia dictó sentencia n.º 136/2013, de 23 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D. Bernardino y Dña. Genoveva contra Bankia, declarando ineficaces las órdenes de compra de las Participaciones Preferentes series A y B por importe de 30.000 y 90.000 €, como de Obligaciones Subordinadas emisión 10 07/19 suscritas por D. Bernardino y Dña. Genoveva y de los posteriores canjes por acciones de Bankia. Debiendo Bankia reintegrar a la parte actora los 145.000 € recibidos con los intereses legales generados desde el momento de la entrega, mientras que la parte actora deberá hacer devolución de los intereses percibidos con los títulos que ostentaren.

»Todo lo expuesto con expresa condena en costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia S.A. (como sucesora de Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, BANCAJA).

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 168/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 22 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKIA SA, contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º5 de Valencia en autos de juicio ordinario nº 1827/12, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de Bernardino y Genoveva ,

»1º) Declaramos la nulidad de la orden de compra de las obligaciones subordinadas E.10 07/19 de 2 de junio de 2009.



»2º) Los efectos de tal declaración de nulidad se ajustarán a lo indicado en el fundamento jurídico séptimo de la presente resolución, en cuanto ordena el reintegro por BANKIA SA de la suma de 25.000 euros y por los demandantes del importe total de rendimientos percibidos por las obligaciones subordinadas, con más los intereses legales en cada caso calculados en la forma indicada en dicho fundamento, para proceder, seguidamente, a la compensación de resultados en los términos que han quedado señalados.

»3º) Se desestiman el resto de las pretensiones, principal y subsidiarias, formuladas por la parte actora respecto de la suscripción de participaciones preferentes en fechas 3 de marzo de 1999 y 1 de mayo de 2000, con la consiguiente absolución de la entidad demandada respecto de las mismas.

»4º) No se hace expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia, ni de las devengadas en esta alzada.

»5º) Se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir».

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

1.- La procuradora D.ª Mª José Lasala Colomer, en representación de D. Bernardino y D.ª Genoveva , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Oposición a la Doctrina del Tribunal Supremo en la resolución de la Litis, concretamente a la "Doctrina de los Actos Propios", específicamente establecida en las sentencias del TS Sala 1ª de fecha 31 de enero de 1995, nº 28/1995, rec. 3104/1991; la sentencia del TS Sala 1ª de fecha 12 de marzo de 2008, nº 209/2008, rec.285/2001 y la sentencia de la Sala 1ª de fecha 3 de diciembre de 2013 , nº 760/2011, rec. 2406/2011 .

»Segundo.- La resolución contradictoria de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Valencia Sección 9ª, y la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en la resolución de litigios prácticamente idénticos en relación a la aplicación e interpretación de la Doctrina de los Actos Propios, lo cual ha influido decisivamente en la resolución de la cuestión discutida en el proceso, originando resoluciones contradictorias para los mismos supuestos.

»Tercero.- Oposición a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo en cuanto al alcance y aplicación de la legislación Pre Mifid, sobre las normativa y obligaciones de Información de las entidades financieras que prestan servicios de Inversión en fechas anteriores a la entrada en vigor de la normativa MiFID, en las que sí era preciso dar una buena y clara información sobre los productos contratados complejos y conocer el perfil del inversor, como establece la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 2013, nº 244/2013, nº rec. 1979/2011 .

2º.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 10 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Bernardino y Dª Genoveva , contra la sentencia de 22 de septiembre de 2014, dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, en el rollo de apelación nº 168/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 1827/2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 5 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 28 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- En marzo de 1999, D. Bernardino y Dña. Genoveva , con perfil inversor conservador y casi nula experiencia financiera, acudieron a la oficina de Bancaja de la que eran clientes desde hacía muchos años, para que les aconsejaran sobre cómo invertir 30.000 ? de los que disponían. Aconsejados por la entidad, adquirieron participaciones preferentes de Bancaja, Serie A, por dicho importe.



- 2.- En mayo de 2000, se les ofreció por la misma entidad la adquisición de participaciones preferentes de la serie B, por importe de 90.000 €, que fue aceptada por los demandantes.
- 3.- En junio de 2009, Bancaja ofreció a los Sres. Bernardino y Genoveva la adquisición de obligaciones subordinadas de la entidad, emisión 10 07/19, por importe de 25.000 €.
- 4.- Los Sres. Bernardino y Genoveva no fueron informados sobre las características de los productos ofertados y adquiridos, ni sobre los riesgos asociados a los mismos. Solamente en junio de 2011, con ocasión de la oferta de adquisición de un fondo de inversión garantizado, se les realizó un test de idoneidad, que los definió como inversores de perfil conservador.
- 5.- En marzo de 2012, ante el impago de los cupones con los que se remuneraba la inversión y el grave deterioro del valor de las participaciones preferentes, Bankia recomendó a los clientes el canje de los productos adquiridos por acciones de la propia entidad, lo que finalmente se llevó a efecto.
- 6.- D. Bernardino y Dña. Genoveva interpusieron demanda de juicio ordinario contra Bankia, S.A., en la que solicitaron que se declarase la nulidad por vicio del consentimiento de los contratos antes indicados, con la consiguiente restitución de las prestaciones.
- 7.- 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.
- 8.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial confirmó la resolución respecto de las obligaciones subordinadas, pero la revocó en cuanto a las participaciones preferentes, y desestimó la demanda en dicho particular, por considerar que los demandantes habían ido contra sus propios actos, al haber cobrado durante años los rendimientos de tales títulos sin objeción alguna.

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

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

En el primer motivo se alega la vulneración de la jurisprudencia sobre la doctrina de los actos propios contenida en las sentencias de esta Sala 28/1995 , 209/2008, de 12 de marzo , y de 3 de diciembre de 2013 . Resumidamente, alega la parte recurrente que en este tipo de contratos -adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas- no es aplicable la teoría de los actos propios, porque los clientes no son conscientes del error hasta que toman conciencia de los riesgos de la inversión.

En el motivo segundo se alega igualmente la infracción de la teoría de los actos propios, si bien desde el punto de vista de la existencia de resoluciones contradictorias de la Audiencias Provinciales, citando distintas sentencias en uno y otro sentido. Solicita un pronunciamiento expreso de la Sala sobre este particular.

En el motivo tercero, se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, contenida en la sentencia de Pleno núm. 244/2013, de 18 de abril , en cuanto al alcance y aplicación de la legislación pre-MiFID, sobre las obligaciones de información de las entidades financieras que prestan servicios de inversión.

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. 477.2.3º 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 identifica correctamente la jurisprudencia de esta Sala que se considera infringida y se justifica la existencia de pronunciamientos contradictorios de distintas Audiencias Provinciales, e incluso de diversas secciones de la misma Audiencia Provincial. Por lo que queda debidamente justificado el interés casacional.

TERCERO.- *Primer y segundo motivos de casación. Jurisprudencia sobre los actos propios. Exclusión cuando el acto está viciado de nulidad. Ausencia de confirmación o convalidación.*

1.- El principio general del derecho que afirma la inadmisibilidad de ir o actuar contra los actos propios, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la

pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Como recuerda la STC 73/1988, de 21 de abril :

«La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos».

2.- De lo que se infiere que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS núm. 545/2010, de 9 de diciembre ; 147/2012, de 9 de marzo ; 547/2012, de 25 de febrero de 2013). No obstante, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (sentencia núm. 788/2010, de 7 de diciembre).

Además, ha de tenerse presente que los actos que están viciados excluyen la aplicación de la doctrina, pues esta Sala viene exigiendo, para que los denominados actos propios sean vinculantes, que causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo, además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza. Lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia.

3.- El caso concreto de la posibilidad de confirmación del contrato de inversión viciado por error por unos supuestos actos propios consistentes en la percepción de liquidaciones positivas o intereses de tal inversión, o incluso el encadenamiento de contratos similares, ha sido tratado específicamente por esta Sala en numerosas resoluciones. En la sentencia núm. 573/2016, de 19 de julio , en que resumíamos los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, dijimos:

«Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero .

»Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. Para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 CC ».

4.- En relación con lo anterior, hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según



establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil . Como dijimos en la sentencia núm. 924/1998, de 14 de octubre , al tratar un pretendido consentimiento *ex post* :

«En el estricto sentido de la palabra, tanto gramatical como jurídicamente, «consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el *art. 1262 CC* , según el cual «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual, pero no sobre lo ya verificado.

»Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal».

En este caso, es difícilmente imaginable que los recurrentes pudieran tener un conocimiento anterior a su decisión de demandar cuando, por las fechas, hasta bien entrado 2009 no pudieron tomar conciencia de que su inversión iba a ser difícilmente recuperable, cuando no directamente ruinosa.

5.- Asimismo, hemos dicho en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre , que:

«[l]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

Además, aunque en este caso las participaciones preferentes se canjearon por acciones de la propia entidad, ello no tuvo como finalidad ni efecto la confirmación del contrato viciado, sino que únicamente se hizo para enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si continuaban con la titularidad de tales participaciones (en este sentido, sentencia de esta Sala núm. 57/2016, de 12 de febrero).

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el *art. 1311 CC* .

6.- Como resultado de todo lo expuesto, debe considerarse que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia de esta Sala en relación con los actos propios y los negocios celebrados con un consentimiento viciado. Lo que debe conducir a la estimación de los dos primeros motivos de casación.

CUARTO.- *Tercer motivo de casación. Obligaciones de información en relación con la comercialización de participaciones preferentes. Error en el consentimiento.*

1.- El tercer motivo de casación denuncia infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance y aplicación de la legislación pre-MiFID, en relación con la obligación de información por parte de las entidades financieras, establecida en la sentencia del Pleno de la Sala 1.^a núm. 244/2013, de 18 de abril .

2.- La sentencia recurrida afirma que antes de la introducción en nuestro Derecho de la normativa MiFID no existía un deber legal de información al cliente; lo que se opone a reiterada jurisprudencia de esta Sala, que en el caso concreto de las participaciones preferentes viene constituida, además de por la sentencia citada como infringida en el motivo casacional, por las sentencias núm. 458/2014, de 8 de septiembre ; 489/2015, de 16 de septiembre ; y 102/2016, de 25 de febrero .

3.- Hemos dicho en tales resoluciones que 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. La normativa del mercado de valores, incluida 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.



4.- 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 las dos adquisiciones de participaciones preferentes, 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».

5.- Como quiera que la propia sentencia recurrida reconoce que no se cumplieron tales deberes informativos, este último motivo de casación también debe ser estimado.

QUINTO.- Estimación del recurso de casación. Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación conlleva la asunción de la instancia y la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

2.- Al haberse estimado el recurso de casación, no procede 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 .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Bernardino y Dña. Genoveva, contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 22 de septiembre de 2014, en el recurso de apelación n.º 168/2014, que anulamos y dejamos sin efecto. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia nº 136/2013, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Valencia, con fecha 23 de septiembre de 2013, en el juicio ordinario n.º 1827/2012, que confirmamos en todos sus pronunciamientos. 3.º- Imponer a Bankia, S.A. las costas del recurso de apelación. 4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación. 5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ