

Roj: **STS 1497/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1497**Id Cendoj: **28079110012017100238**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/04/2017**Nº de Recurso: **3303/2014**Nº de Resolución: **245/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SA 442/2014,**
STS 1497/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Justiniano y D. Nicolas , en nombre y representación este último de la herencia yacente de D.^a Tomasa , representados por el procurador D. Ignacio Melchor de Oruña, bajo la dirección letrada de D. Roberto Toro Pujol, contra la sentencia núm. 251/2014, de 27 de octubre de 2014, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, en el recurso de apelación núm. 257/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 344/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Salamanca. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Galán Corona.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Teresa Fernández de la Mela Muñoz, en nombre y representación de D. Justiniano y D. Nicolas , éste último en nombre y representación de la herencia yacente de D.^a Tomasa , interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, con estimación de la presente demanda:

»A. Como petición principal, declare (i) la nulidad de los Contratos de Participaciones Preferentes Serie II (orden de compra y contrato tipo suscritos el 22 de mayo de 2009, y 13 de octubre de 2011), condenando a BANKIA, (ii) a llevar a cabo cuantos actos fueren precisos para que se anulen, vendan o recompren por la propia entidad, las participaciones preferentes, cubriendo el diferencial si fuere preciso, hasta que le restituya y abone la suma de DOS CIENTOS NUEVE MIL EUROS (209.000?), (iv) más los gastos que se hayan ocasionado o pudieran ocasionarse; (v) más los intereses legales devengados y los que se devenguen hasta la fecha de las órdenes de compra por los importes allí consignados hasta el dictado de la Sentencia.

»B. Subsidiariamente de la anterior, declare (i) la anulabilidad de los Contratos de Participaciones Preferentes Serie II (orden de compra y contrato tipo suscritos el 22 de mayo de 2009 y 13 de octubre de 2011), condenando a BANKIA, (ii) a llevar a cabo cuantos actos fueren preciso para que anulen, vendan o recompren por la propia entidad, cubriendo el diferencial si fuere preciso, hasta que le restituya y abone la suma de DOS CIENTOS NUEVE MIL EUROS (209.000 ?), (iv) más los intereses legales devengados y los que se devenguen desde el desde la fecha de las órdenes de compra por los importes allí consignados hasta el dictado de la Sentencia.



»C. Subsidiariamente de las dos anteriores, declare (i) la resolución por incumplimiento de los Contratos de Participaciones Preferentes Serie II (orden de compra y contrato tipo suscritos el 22 de mayo de 2009 y 13 de octubre de 2011), condenando a BANKIA , (ii) a abonar, en concepto de daños y perjuicios, el diferencial negativo que se produjere tras la recompra/venta/resolución de las participaciones preferentes tras adquirir firmeza la Sentencia, hasta alcanzar la suma de DOS CIENTOS NUEVE MIL EUROS (209.000 ?), (iv) más los gastos que se hayan ocasionado o pudieran ocasionarse; (v) más los intereses legales devengados y los que se devenguen desde la fecha de las órdenes de compra por los importes allí consignados hasta el dictado de la Sentencia.

»D. Subsidiariamente de cualquiera de las anteriores, se mantengan los pedimentos, excepto en el apartado (v) que debiera quedar del siguiente modo: (v) más los intereses devengados y los que se devenguen desde la fecha de las órdenes de compra por los importes allí consignados hasta el dictado de la Sentencia, descontando lo percibido por mis representados de las liquidaciones de intereses que le hayan generado las participaciones preferentes.

»E. Subsidiariamente de todas las anteriores, en caso de que lleven a cabo en virtud de la Resolución de 16 de abril -documento núm.9- las quitas o acciones de gestión sobre estos productos y/o imposibilidad de retrotraerse los efectos, se concretará la cuantía indemnizatoria por equivalencia en cuanto sea cuantificado el daño y perjuicio sufrido.

»F. En cualquiera de los casos, condene a BANKIA a pagar las costas del presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 22 de mayo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Salamanca y fue registrada con el núm. 344/2013 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Rafael Cuevas Castaño, en representación de Bankia, 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 9 de Salamanca dictó sentencia núm. 49/2014, de 21 de abril , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando la demanda promovida por la Procuradora Sra. Fernández de la Mela en nombre y representación de D. Justiniano y de D. Nicolas , este último en nombre y representación de la herencia yacente de D^a Tomasa contra BANKIA, S.A. representada por el Procurador Sr. CUEVAS CASTAÑO, absuelvo a la demandada de cuantas pretensiones en su contra se contienen en la demanda iniciadora de este procedimiento.

Sin efectuar especial imposición de costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Justiniano y D. Nicolas .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, que lo tramitó con el número de rollo 257/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 27 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandantes D. Justiniano y D. Nicolas , éste último en nombre y representación de la herencia yacente de D.^a Tomasa , representados por la Procuradora Doña Teresa Fernández de la Mela, confirmamos la sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de 1^a Instancia número 9 de Salamanca con fecha 21 de abril de 2.014 en el Juicio Ordinario del que dimana el presente rollo, no haciendo especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta instancia, y con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal».

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

1.- La procuradora D^a Teresa María Fernández de la Mela, en nombre representación de D. Justiniano y D. Nicolas , éste último en nombre y representación de la herencia yacente de D^a Tomasa , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:



«Único.- Por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 217 , 218.2 y 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Por inaplicación del artículo 79.6 bis de la Ley del Mercado de Valores y del artículo 72 del RD 217/2008 de 15 de febrero y oponerse a la jurisprudencia que los interpreta (sentencias 840/2013 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/2014 de 7 de julio y 387/2014 de 7 de julio) al entender que no medió asesoramiento por la forma del contrato suscrito, sin tener en cuenta que se realizó una recomendación personalizada.

»Segundo.- Por infracción del art. 79.7 bis de la LMV y de los artículos 73 y 74 del RD 217/2008 de 15 de febrero , y de la jurisprudencia que los interpreta (sentencias 840/2013 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/2014, de 7 de julio y 387/2014 de 7 de julio).

»Tercero.- Por infracción del artículo 70 quáter de la Ley del Mercado de Valores y de los artículos 44 y 45 del RD 217/2014 de 15 de febrero , y la jurisprudencia que los interpreta. Los deberes de anteponer los intereses de los clientes, cuidándolos como si fueren propios (sentencias 28/2003 de 20 de enero [RJ/2003/350] , 444/2014 de 3 septiembre [RJ 2014/4658 /] y 840/2013 de 20 de enero ».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Nicolas y D. Justiniano contra la sentencia dictada en fecha 27 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), en el rollo de apelación 257/2014 , procedente de los autos de juicio ordinario número 344/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Salamanca.

2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la misma parte.

3º) Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, quien perderá el depósito constituido respecto de dicho recurso [...].».

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 6 de febrero de 2017, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 30 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 22 de mayo de 2009, D. Justiniano y Dña. Tomasa , de 78 y 74 años de edad, respectivamente, realizaron dos adquisiciones de participaciones preferentes Serie II de Caja Madrid, en cuantía de 129.500 ? la primera y 61.500 ? la segunda.

2.- El 11 de octubre de 2011, los mismos adquirentes volvieron a comprar el mismo producto financiero, por importe de 18.000 ?.

3.- D. Justiniano y D. Nicolas (como heredero de su fallecida madre, Dña. Tomasa) interpusieron una demanda contra Bankia, en la que solicitaron la nulidad de los contratos de adquisición de las participaciones preferentes; y subsidiariamente, en primer lugar, la anulabilidad por error vicio del consentimiento; y en segundo lugar, la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada. En todos los casos, con restitución recíproca de las prestaciones.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por considerar, resumidamente, que: (i) el Sr. Justiniano tenía una amplia experiencia en la inversión en productos financieros, algunos de ellos de riesgo; (ii) la entidad financiera proporcionó información escrita de las características del producto; y (iii) el banco no efectuó labor de asesoramiento.

5.- Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó. Ratificó las conclusiones probatorias de la sentencia de primera instancia e incidió especialmente en que los clientes



realizaron el test de conveniencia con suficiente antelación; que no era necesaria la realización de test de idoneidad, al no ser la relación entre las partes de asesoramiento; y que no hubo conflicto de intereses.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad de los motivos.*

1.- El recurso de casación se desarrolla en tres motivos, formulados al amparo del art. 477.2 LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el primero, se denuncia infracción del art. 79 bis.6 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV) y del art. 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Se alega que la sentencia se opone a las SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014; 384/2014, de 7 de julio; 385/2014, de 7 de julio; y 387/2014, de 7 de julio.

El segundo motivo denuncia infracción de los arts. 79 bis.7 LMV y 73 y 74 del RD 217/2008, en relación con las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas.

En el tercer motivo se alega infracción del art. 70 quáter LMV y los arts. 44 y 45 del RD 217/2008; en relación con las SSTS 28/2003, de 20 de enero; 444/2014, de 3 de septiembre; y 840/2013, de 20 de enero de 2014.

2.- Al dársele traslado del recurso de casación, la parte recurrida se opuso a su admisión, al alegar que con el escrito de interposición del recurso no se habían acompañado los textos de las sentencias invocadas como fundamento del interés casacional.

El art. 485 LEC permite que en el escrito de oposición se puedan alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal. Previsión que ha de conectarse con el art. 483.2 LEC, que prevé las causas de inadmisión del recurso de casación.

A su vez, en el caso concreto del interés casacional, debe distinguirse según se trate de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales. En el primer caso, además de citar las sentencias del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia se dice infringida, es imprescindible explicar cuál es la concreta vulneración de la jurisprudencia que se ha cometido por la Audiencia Provincial en la sentencia de segunda instancia, en relación con la concreta infracción legal que se considera cometida. Mientras que en el segundo, resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales, debe ponerse de manifiesto un criterio jurídico plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia, frente a otro criterio jurídico antagónico -en relación con la misma cuestión de derecho- recogido en otras dos sentencias de diferente Audiencia o Sección. Además, tanto en uno como en otro caso, es preciso que el recurrente ponga en relación cada uno de los motivos en los que funda el interés casacional, con los preceptos que considera como vulnerados.

3.- Pues bien, los tres motivos de casación están formalmente bien formulados, puesto que se citan las normas legales que se consideran infringidas y se invocan las sentencias del Tribunal Supremo supuestamente contradichas por la recurrida. Además, al fundarse el interés casacional únicamente en la contravención de la jurisprudencia de esta Sala, el requisito formal de la aportación de los textos de las sentencias invocadas queda difuminado o atenuado, porque el tribunal conoce su propia jurisprudencia.

Cuestión distinta es que la resolución recurrida contradiga o no la jurisprudencia invocada, o no sea correcta la interrelación entre dicha jurisprudencia y los preceptos legales citados como infringidos, puesto que ello no es causa de inadmisión, sino en su caso, de desestimación, previo estudio y análisis del correspondiente motivo.

4.- Razones por las que deben ser rechazadas las causas de inadmisión invocadas y procede la resolución de los motivos de casación planteados.

TERCERO.- *Primer motivo de casación. La relación de asesoramiento en la comercialización de productos financieros.*

1.- Como venimos repitiendo desde nuestra sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (asunto C- 604/2011), afirma que «[l]a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros». Y el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE aclara que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...), que se presente como conveniente



para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Al interpretar tales preceptos de las Directivas, el TJUE entiende en la sentencia antes mencionada que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un contrato, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, «que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público» (apartado 55).

2.- Asimismo, como dijimos en las sentencias 102/2016, de 25 de febrero, y 411/2016, de 17 de junio, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

3.- A la vista de esta interpretación, no cabe compartir las conclusiones de la sentencia recurrida sobre la inexistencia de asesoramiento financiero. En efecto, en las dos primeras órdenes de compra no se hace mención alguna al tema y solo en la tercera, por debajo de la firma del ordenante consta un texto impreso que dice que declara que la entidad no ha prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversión. Es decir, en el mejor de los casos, no habría existido tal función asesora en la tercera de las inversiones, pero porque los clientes ya habían comprado el mismo producto con anterioridad, y ahí, según los propios hechos acreditados en la instancia, sí que hubo recomendación de la entidad financiera y, por tanto, asesoramiento en el sentido legal expuesto, ya que junto con las copias de las órdenes de compra y el folleto resumen de la emisión de las participaciones preferentes, se entregó a los clientes un documento titulado «Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión». Es más, resulta contradictorio que en el texto se afirme al mismo tiempo que no se ha prestado asesoramiento y que el producto se considera conveniente para el cliente.

4.- En consecuencia, resultaba plenamente aplicable a las tres órdenes de compra de las participaciones preferentes el art. 79 bis.6 LMV (en su redacción vigente en esas fechas), que obligaba a la entidad de servicios de inversión a informarse sobre los conocimientos y experiencia del cliente antes de recomendarle el producto o servicio concreto.

De igual modo, tampoco cabe considerar que la entidad financiera cumpliera materialmente (es decir, más allá de una simple apariencia formal) estas obligaciones al realizar el test de conveniencia, puesto que el mismo es tan genérico e indeterminado que realmente no indica nada sobre los conocimientos financieros del cliente, como resaltó la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en el año 2010, al examinar los test de conveniencia que Caja Madrid realizaba a sus clientes para la comercialización de participaciones preferentes.

CUARTO.- *Los deberes de información de la entidad de servicios de inversión en la comercialización de participaciones preferentes.*

1.- En íntima conexión con lo hasta ahora dicho, ha de recordarse que, según hemos afirmado con reiteración en múltiples resoluciones, existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. Lo que en el caso concreto de la comercialización de participaciones preferentes se ha mantenido en las sentencias de esta Sala 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; 489/2015, de 16 de septiembre; 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 605/2016, de 6 de octubre; 625/2016, de 24 de octubre; 677/2016, de 16 de noviembre; 734/2016, de 20 de diciembre; y 62/2017, de 2 de febrero.

2.- Según tales resoluciones, 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, básicamente en la fecha de suscripción de las órdenes de compra litigiosas, los arts. 78 bis y 79 bis LMV y el RD 217/2008, 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.

3.- Como hemos advertido, tales previsiones normativas, procedentes de la Directiva MiFID, son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen carácter esencial, 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.- Ahora bien, como también hemos dicho, la simple omisión de realización de los test de conveniencia y/o idoneidad no presupone por sí misma el incumplimiento del deber de información, ni la prestación errónea del consentimiento por parte del cliente, sino que únicamente facilitan su presunción, que puede ser desvirtuada por la prueba practicada.

A tal efecto, la Audiencia Provincial establece como probado que se entregaron al cliente los documentos relativos al «Resumen de la emisión de participaciones Preferentes Serie II» y el folleto de la propia emisión, obrantes en las actuaciones, y en los que consta una información cumplida, completa y comprensible sobre los riesgos del producto. En concreto, en tales documentos, que podemos considerar precontractuales, y que la sentencia recurrida declara probado que se facilitaron con antelación suficiente, se advierte claramente sobre los siguientes riesgos: no percepción de las remuneraciones; absorción de pérdidas; perpetuidad; orden de prelación en relación con los acreedores comunes y subordinados del emisor; riesgo elevado de pérdidas tanto en el nominal como en la venta; iliquidez en el mercado y falta de garantía de que los títulos puedan ser revendidos; riesgo de liquidación de la emisión por disolución o liquidación del emisor (Caja Madrid Finance Preferred S.A.) y/o del garante (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid); y riesgo de variación de la calidad crediticia.

5.- En suma, conforme a los hechos declarados probados, aunque hubiera omisiones formales en la comercialización del producto, en relación con la realización u omisión de los test de conveniencia e idoneidad, no cabe considerar que la entidad comercializadora incumpliera sus deberes de información, ni que, como consecuencia de ello, el cliente prestara su consentimiento contractual viciado por error.

6.- Como consecuencia de lo cual, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- Segundo motivo de casación. El test de conveniencia. La prohibición de la autoevaluación del cliente.

1.- En este segundo motivo se denuncia la infracción del art. 79 bis.7 LMV y de los arts. 73 y 74 RD 217/2008, así como de las mismas sentencias de esta Sala invocadas en el motivo primero.

En el desarrollo del motivo se mantiene, resumidamente, que no cabe la autoevaluación por parte del cliente y que un test de conveniencia que revela cierta experiencia inversora no implica que el cliente tenga experiencia profesional, ni conocimientos específicos sobre los productos complejos objeto de contratación.

2.- Aun siendo cierto que el test de conveniencia no fue suficientemente revelador de las circunstancias del cliente, como ha quedado antes expuesto, así como que se debió realizar el test de idoneidad, ello no supone necesariamente, como también se ha dicho, que no se cumplieran los deberes de información, ni que el consentimiento contractual se prestara viciado por error.

3.- Como ya hemos advertido, tales omisiones o incumplimientos hacen presumir el error, pero tal presunción ha quedado desvirtuada por la prueba del ofrecimiento anticipado y suficiente de la información pertinente sobre los riesgos de la contratación de las participaciones preferentes.

4.- Como consecuencia de lo cual, este segundo motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

SEXTO.- Tercer motivo de casación. El conflicto de intereses. Irrelevancia a efectos de la validez del contrato.

1.- En el tercer motivo del recurso de casación se alega la infracción de los arts. 70 quáter LMV y 44 y 45 del RD 217/2008, por no haberse ponderado la existencia de un conflicto de intereses, al ser la entidad comercializadora de las participaciones preferentes la misma emisora de los títulos.

2.- El art. 70 quáter LMV impone a las empresas que prestan servicios de inversión el deber de organizarse y adoptar las medidas necesarias para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o grupo. Además, deben aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de



interés que sea eficaz y apropiada a su organización. Los conflictos de interés potencialmente perjudiciales para los clientes aparecen descritos en el art. 44 del RD 217/2008, de 15 de febrero .

No obstante, como pusimos de manifiesto en la sentencia 268/2016, de 22 de abril , «[a]l margen de la incidencia que la existencia del conflicto de interés puede tener en la apreciación de la validez de la contratación de esos productos financieros, y del posible vicio en el consentimiento, en cualquier caso la eventual infracción del art. 70 quáter nunca determinaría por sí misma la estimación de la demanda, sino, en su caso, las sanciones administrativas previstas en la propia normativa legal».

Como también dijimos en la meritada resolución, ello no impide que en la valoración de los propios deberes legales de información en la prestación de servicios de inversión, regulados en el art. 79 bis LMV, podamos tener en cuenta la existencia de algún tipo de conflicto de interés y la relevancia de su conocimiento respecto de la válida contratación. Pero en todo caso, lo relevante sería que no se hubiera informado a los clientes de los concretos riesgos asociados a la contratación de estos productos financieros.

3.- En este caso, incluso aunque considerásemos que existió un conflicto de intereses, dado que la entidad emisora y la comercializadora pertenecían a un mismo grupo empresarial, ello no ha determinado que se incumplieran los deberes de información al cliente, ni que éste prestara su consentimiento por error vicio. Por lo que el pretendido conflicto de intereses sería irrelevante desde el punto de vista de la validez contractual debatida en este procedimiento.

4.- Lo expuesto determina la desestimación de este último motivo de casación.

SÉPTIMO.- *Costas y depósitos.*

1.- Al haberse desestimado el recurso de casación, deben imponerse a los recurrentes las costas por él generadas, a tenor de los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

2.- Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

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 de casación interpuesto por D. Justiniano y D. Nicolas contra la sentencia n.º 251/2014, de 27 de octubre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, en el recurso de apelación n.º 257/2014 . **2.º-** Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación. Líbrense 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.