



Roj: **STS 3264/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3264**

Id Cendoj: **28079110012018100523**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **17/2016**

Nº de Resolución: **538/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 1006/2015,**
STS 3264/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 538/2018

Fecha de sentencia: 28/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 17/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BADAJOZ SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

Resumen

Nulidad de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del consentimiento. Reiteración de la jurisprudencia de la sala.

CASACIÓN núm.: 17/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 538/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno



D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 28 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Emiliano y D.^a Magdalena , representados por la procuradora D.^a Clara Isabel Rodolfo Saavedra, bajo la dirección letrada de D.^a Alicia Correa Santos, contra la sentencia núm. 277/2015, de 13 de noviembre, dictada por la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación núm. 382/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 93/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Badajoz, sobre nulidad contractual (adquisición de participaciones preferentes). Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Joaquín María Jañez Ramos y bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Clara Isabel Rodolfo Saavedra, en nombre y representación de D. Emiliano y D.^a Magdalena , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Madrid , actualmente Bankia S.A, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que con estimación íntegra de la presente demanda DECLARE:

1) Nulo por error y vicio del consentimiento los contratos suscritos el día 28 de mayo de 2009 de depósito o administración de valores y orden de suscripción de participaciones preferentes de fecha 7 de julio de 2009 y en consecuencia el CANJE obligado de las participaciones preferentes por acciones de Bankia debiéndose condenar a Bankia a devolver a los actores la cantidad invertida de (QUINIENTOS MIL EUROS) 500.000 ? más los intereses del referido capital desde el cargo en cuenta de la misma u órdenes de compra, deduciendo en ejecución de sentencia las cantidades percibidas por éstos en concepto de rendimientos, así como la restitución por parte del demandante a la entidad de las acciones en que se transformaron por el canje forzoso una vez satisfechas las cantidades que la mercantil venga obligada a pagar.

2) Condene a la demandada al pago de los intereses legales incrementados en dos puntos desde que sea dictada sentencia conforme establece el art. 576 LEC así como a pagar a los actores los gastos, costas y tasas judiciales causadas en el presente procedimiento y ello aun cuando se allanase a la demanda habida cuenta de que este pleito podría haberse evitado mediante una solución consensuada, negándose a ello Bankia de forma absolutamente temeraria.

»SUBSIDIARIAMENTE para el caso que la acción interpuesta con carácter principal resultase desestimada, dicte sentencia estimando íntegramente la acción subsidiaria formulada, por la cual, acuerde;

»1) Declarar que Caja Madrid, actualmente Bankia, ha incurrido en incumplimiento contractual en relación a los contratos suscritos en fecha 28 de mayo de 2009 por Don Emiliano y Doña Magdalena denominados de depósito o administración de valores y orden de suscripción de participaciones preferentes de fecha 7 de julio de 2009 al no darle una adecuada, debida y completa información de los productos financieros que dicha entidad vendió a los contratantes, por tanto declare resuelto por incumplimiento contractual de la demanda, los contratos suscritos entre D. Emiliano y Doña Magdalena de fecha 28 de mayo de 2009 y la entidad Caja Madrid, ahora Bankia denominados de depósito o administración de valores y orden de suscripción de participaciones preferentes anteriormente citados.

»2) Condene a la demandada a pagar a los actores la cantidad de 500.000? en concepto de daños y perjuicio correspondientes a la cantidad entregada en fecha 7 de julio de 2009 por los actores a Caja Madrid actual Bankia más los intereses legales de dicho capital desde el cargo en cuenta de la misma u órdenes de compra, así como los intereses legales incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia que recaiga en este procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el ar. 576 LEC.

Deduciendo en ejecución de sentencia las cantidades percibidas por estos en concepto de rendimientos, así como la restitución por parte del demandante a la entidad de las acciones en que se transformaron por el canje forzoso una vez satisfechas las cantidades que la mercantil venga obligada a pagar.

»3) Condenar a la demandada a pagar a los actores los gastos, costas y tasas judiciales causadas en el presente procedimiento y ello aun cuando se allanase a la demanda, habida cuenta que este procedimiento



se pudiera haber evitado mediante una solución consensuada, negándose a ello de forma absolutamente temeraria»

2.- La demanda fue presentada el 28 de enero de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Badajoz y fue registrada con el núm. 93/2015 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Badajoz dictó sentencia n.º 82/2015, de 21 de mayo , con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo la demanda interpuesta por la procuradora D^a Clara Rodolfo Saavedra, en representación de D. Emiliano y D^a Magdalena , frente a Bankia, S.A., representada por D. Ricardo de la Santa Márquez.

Declaro la nulidad de los contratos suscritos entre las partes el pasado 28 de mayo de 2009, de depósito y administración de valores y suscripción de participaciones preferentes.

La demandada restituirá a los actores en la suma de 500.000 euros, más los intereses legales y costas, y los actores entregarán a la demandada las acciones de que sean titulares en la actualidad».

5.- Las partes solicitaron el complemento de la anterior sentencia que fue denegado mediante auto, de 5 de junio de 2015.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia S.A.

2.- La representación de D. Emiliano y de D.^a Magdalena , presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto y de impugnación contra la sentencia.

3.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, que lo tramitó con el número de rollo 382/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva dispone:

«Que, desestimando como desestimamos, la impugnación deducida por D. Emiliano y D^a Magdalena , contra la Sentencia N^o 82/2015, de 21 de mayo ; y estimando como estimamos el Recurso de Apelación deducido por la Mercantil "Bankia, S.A.", contra la Resolución citada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N^o 6 de Badajoz, en el Procedimiento Ordinario N^o 93/2015, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS, dicha resolución, y en su consecuencia, con desestimación de la demanda actora de la Litis, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS, libremente, a la demandada "BANKIA, S.A." de las pretensiones contra ella deducidas sin pronunciamiento expreso sobre las costas de la primera instancia, ni sobre las costas de la apelación, aunque con imposición de las costas de la impugnación a los impugnantes D. Emiliano y D.^a Magdalena ».

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

1.- La procuradora D.^a Clara Isabel Rodolfo Saavedra, en representación de D. Emiliano y D.^a Magdalena , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil de las normas que regulan los deberes de información de las entidades financieras sobre productos de inversión, infracción de los artículos 63 , 78 bis y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , así como la infracción del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero sobre Empresa que prestan servicios de Inversión en sus artículos 62 , 63 , 64 , 72 a 74, así como infracción de los artículos 60 y 89 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y jurisprudencia que lo desarrolla.

»Segundo.- Infracción de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Emiliano y D.^a Magdalena contra la sentencia dictada con fecha 13 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.^a), en el rollo de apelación 382/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 93/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz».



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 10 de julio de 2018 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 19 de septiembre, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 28 de mayo de 2009, D. Emiliano y Dña. Magdalena suscribieron con Caja Madrid (actualmente, Bankia S.A.) un contrato de depósito o administración de valores y suscripción de participaciones preferentes, por el que adquirieron 5.000 títulos de participaciones preferentes «Caja Madrid 2009», con un valor nominal de 500.000 ?.

2.- D. Emiliano y Dña. Magdalena interpusieron una demanda contra Bankia, en la que solicitaron la nulidad del contrato de adquisición de las participaciones preferentes, con restitución recíproca de las prestaciones.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda, por considerar, resumidamente, que: (i) la entidad financiera no cumplió sus obligaciones de información; (ii) como consecuencia de ello, los demandantes prestaron un consentimiento viciado por error, que es excusable.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo estimó. Consideró, resumidamente, que: (i) se realizó el test de conveniencia; (ii) se entregó al Sr. Emiliano un documento donde consta claramente el riesgo del producto, en concreto, la posibilidad de no percibir remuneraciones, de la absorción de la inversión en caso de pérdidas de la entidad, de la posposición en caso de insolvencia y de la posibilidad de perder la inversión, así como de su perpetuidad. Como consecuencia de ello, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

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

1.- El recurso de casación se desarrolla en dos motivos, formulados al amparo del art. 477.2 LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aunque realmente se trata de un único motivo, puesto que el segundo no denuncia una infracción legal diferente a la del primero, sino que desarrolla la argumentación sobre la infracción de la jurisprudencia de esta sala y realmente lo que hace es justificar el interés casacional.

En el primer motivo se denuncia infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, 63, 78 bis y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV) y 62, 63, 64 y 72 a 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

En el segundo motivo se alega que la sentencia se opone, entre otras, a la jurisprudencia contenida en las STS 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 no se identifican con claridad las normas que se consideran infringidas, ni se justifica el interés casacional, así como que se intenta alterar la base fáctica.

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.

3.- Pues bien, el primer motivo de casación está formalmente bien formulado, 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, también está justificado mediante la cita de las sentencias que se invocan.

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.

Igual sucede con la supuesta alteración de la base fáctica, puesto que, una vez admitido a trámite el recurso, ello constituiría, en su caso, causa de desestimación, lo que requiere el examen del motivo y no su desestimación *a limine*.

4.- Razones por las que deben ser rechazadas las causas de inadmisión invocadas y procede la resolución del recurso de casación.

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



1.- Como 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, entre otras, 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 del contrato litigioso, 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.

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 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.

4.- La Audiencia Provincial establece como probado que se entregaron a los clientes 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 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.- Esa misma información, sumaria, pero completa y clarificadora, ha sido considerada suficiente por esta sala en algún caso precedente (por ejemplo, sentencia 245/2017, de 20 de abril), pero para que cumpla sus efectos debe ofrecerse con antelación suficiente, pues también hemos dicho en múltiples resoluciones que el debido asesoramiento al cliente no puede ser simultáneo a la contratación del producto, sino con una antelación que permita la valoración de los riesgos asociados al mismo. Así, en las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 102/2016, de 25 de febrero , 584/2016 de 30 de septiembre , y 103/2018, de 1 de marzo , entre otras, hemos afirmado que en este tipo de contratos de adquisición de productos financieros complejos y de un significativo nivel de riesgo para el inversor, la empresa que preste servicios de inversión no solo tiene el deber de informar, sino que debe hacerlo con suficiente antelación, a fin de que el cliente pueda decidir con conocimiento de causa.

La Audiencia Provincial no afirma que la información se ofreciera con dicha antelación necesaria, sino que, antes al contrario, hace mención expresa al 28 de mayo de 2009 como fecha de la cumplimentación de lo que denomina «tramo documental», que es justamente la fecha en que se suscribió el contrato. Es decir, la documentación que debía haber satisfecho los deberes de información se entregó al mismo tiempo que se firmó la orden de suscripción de las participaciones preferentes, como un conjunto documental, por lo que no pudo cumplir su finalidad de que el cliente pudiera conocer los riesgos antes de prestar su consentimiento.

En suma, no cabe considerar que la entidad comercializadora cumpliera sus deberes de información, ni que, como consecuencia de ello, los clientes no pudieran incurrir en error en la prestación de su consentimiento contractual.

6.- En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, a fin de confirmar la sentencia de primera instancia.

CUARTO.- Costas y depósitos



- 1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él generadas, a tenor del art. 398.2 LEC .
- 2.- 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, según previene el art. 398.1 LEC .
- 3.- Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

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

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Emiliano y Dña. Magdalena contra la sentencia núm. 277/2015, de 13 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación nº 382/2015 , que anulamos y dejamos sin efecto.
- 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia n.º 82/2015, de 21 de mayo, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Badajoz , en el juicio ordinario n.º 93/2015, 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 y la pérdida del constituido para el recurso de apelación.

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.