



Roj: **STS 4258/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4258**

Id Cendoj: **28079110012018100702**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **741/2016**

Nº de Resolución: **731/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 400/2016,**  
**STS 4258/2018,**  
**AATS 545/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 731/2018**

Fecha de sentencia: 21/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 741/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, sección 11.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 741/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 731/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 21 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 370/2015 por la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1584/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de 1.ª Instancia, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. Francisco José García Albert en nombre y representación de D.ª Bernarda y D. Epifanio, como herederos de D. Evaristo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora D.ª Matilde Marín Pérez en calidad de recurrente. No se ha personado la parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador D. Francisco José García Albert en nombre y representación de D.ª Bernarda y D. Epifanio, como herederos de D. Evaristo, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Bankia S.A., bajo la dirección letrada de D. José Vicente Úbeda Fernández y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1) Se declare la nulidad total y absoluta del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas mencionados en la demanda.

"2) En su caso se declara la anulabilidad total y absoluta de los anteriores contratos.

"3) Subsidiariamente y para el supuesto de que no se estimaran las anteriores peticiones y acciones, se declare la resolución contractual de los anteriores contratos de suscripción de obligaciones subordinadas por incumplimiento de la entidad bancaria demandada de su deber y obligación de información, diligencia y lealtad.

"4) Se declare la nulidad del canje de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia indicado en esta demanda.

"5) En su caso se declare la anulabilidad total y absoluta del anterior canje.

"6) Subsidiariamente y para el supuesto de que no se estimara la anterior petición y acción se declare la resolución contractual de dicho canje por incumplimiento de la entidad bancaria demandada de su deber de información, diligencia y lealtad.

"7) Que se declare que por la estimación de alguna o algunas de las acciones indicadas se condena a la demandada Bankia al abono a mis mandantes, a restituir el capital invertido que ascendía a sesenta mil (60.000) euros, más los intereses de dicha suma desde la fecha del cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por la actora, más los intereses legales desde su percepción, en la proporción en que son dueños o sea 89,93% la señora Bernarda y el señor Epifanio 10,06%.

"8) Se impongan a la parte demandada las costas del presente procedimiento".

**SEGUNDO.-** La procuradora D.ª Elena Gil Bravo, en nombre y representación de Bankia S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Pablo Tortajada Chardí y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"se desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la parte actora".

**TERCERO.-** Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por la representación de Bankia S.A. y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia, dictó sentencia con fecha 17 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que rechazando la excepción de caducidad y estimando totalmente la demanda presentada por el procurador Sr. García Albert, en nombre y representación de D.ª Bernarda y D. Epifanio, contra Bankia S.A. (como sucesora de Bancaja) representada por la procuradora Sra. Gil Bayo, debo declarar y declaro la nulidad de la suscripción de 60 títulos de obligaciones subordinadas de la 10.ª emisión de Bancaja de fecha 08/06/09 y de su posterior y conexo canje forzoso por acciones de Bankia en mayo de 2013; condenando a la entidad demandada a estar y pasar por la declaración, y a entregar a la parte actora 60.000 € de principal, que se compensará o minorará con el importe total abonado por la demandada en concepto de cupones, dividendos o rendimientos derivados de los valores litigiosos, (tras su certificación por Bankia), más el interés legal del principal invertido desde la suscripción menos los intereses de sus rendimientos desde sus sucesivos abonos a la actora o liquidaciones parciales, que se incrementarán en dos puntos a partir de esta sentencia. Simultáneamente la parte actora deberá restituir a Bankia, libres de cargas, las acciones de Bankia obtenidas en el canje forzoso del 2013.



"En ejecución de sentencia se determinará el importe a restituir por la demandada a la actora, conforme a las bases indicadas en la fundamentación jurídica de esta resolución. A tal efecto, se requiere a la demandada para que en el plazo de veinte días presente certificación de la totalidad de las cantidades abonadas en concepto de cupones, dividendos o rendimientos derivados de los títulos litigiosos, desde su adquisición hasta la efectiva restitución de las prestaciones.

"Se hace expresa condena en costas a la parte demandada".

**CUARTO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Bankia, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 20 de enero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Primero.- Se estima el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia dictada el 17 de abril de 2015 por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Valencia en juicio ordinario 1584/13.

"Segundo.- Se revoca la citada resolución, y en su lugar:

"A) Se desestima la demanda planteada por D.ª Bernarda , como herederos de D. Evaristo contra Bankia S.A.

"B) Se absuelve a la citada demandada de todas las pretensiones contra ella deducidas.

"C) Se imponen a la parte demandante las costas causadas en la instancia.

"TERCERO.- No se hace expresa condena de las costas generadas en esta alzada".

**QUINTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de D.ª Bernarda y D. Epifanio , como herederos de D. Evaristo , argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en un único motivo: Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por vulneración del art. 209.3 y 218.2 LEC y art. 24 CE. El recurso de casación, lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Al amparo del art. 477.3.º.2 LEC por inaplicación del art. 6.3 CC, por infracción de los arts. 78 bis, 79, 79 bis Ley del Mercado de Valores. Segundo.- Art. 477.3.º.2 LEC, por infracción de los artículos 1265, 1266 y 1269 CC, y jurisprudencia del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales que los interpretan.

**SEXTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de mayo de 2018 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de noviembre del 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

1. D. Evaristo , en junio de 2009, adquirió 60 títulos de obligaciones subordinadas de la 10.ª emisión de la entidad Bancaja (en la actualidad, Bankia S.A.) por importe de 60.000 €. En mayo de 2013, dichas obligaciones subordinadas fueron objeto de un canje forzoso por acciones de Bankia. D. Evaristo falleció el 30 de mayo de 2010. D.ª Bernarda , viuda de Evaristo y D. Epifanio , hijo de D. Evaristo , en su condición de herederos del fallecido D. Evaristo , interpusieron una demanda contra Bankia S.A., en las que se solicitaron la nulidad relativa de la adquisición de obligaciones subordinadas realizadas y del posterior canje forzoso por acciones de la citada entidad con base en el error vicio del consentimiento prestado por D. Evaristo ; con la correspondiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

2. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Por lo que declaró las nulidades solicitadas y acordó la restitución recíproca de las prestaciones realizadas.

3. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria la sentencia de la Audiencia lo estimó. Por lo que revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda interpuesta. En lo que aquí interesa declaró:

"[...] la Sala, tras valorar de nuevo la prueba practicada, se ve abocada a la revocación de la sentencia apelada y a la desestimación de la demanda, pues el comprador de los títulos en cuestión, D. Evaristo , cuando los adquirió, si bien no era un diente experto, ni cualificado, no era un mero minorista "cum pauca intellegencia aeconomica" que precisara de una exquisita información sobre el producto que adquirió, sino que, se nos antoja, era un inversor que conocía el producto de riesgo en que invertía, siendo consciente tanto de su naturaleza como de sus riesgos asociados de pérdidas, con lo que, conforme a la jurisprudencia antes citada, se hace inviable



apreciar error alguno en el consentimiento por parte del Sr. Evaristo y falta de información suficiente por la entidad demandada, pues le proporcionó la que era precisa y necesaria para la suscripción de las obligaciones en cuestión.

"Así es de tener en cuenta, que a dicho suscriptor se le entregó el folleto-resumen de la 10.<sup>a</sup> emisión de obligaciones subordinadas de Bankia, en que, entre otra información sobre dichos valores, se le advirtió de los distintos riesgos que podía ofrecer el producto, tanto riesgos de emisión como riesgos del emisor, siendo de resaltar los riesgos de liquidez, de solvencia, de mercado y .de amortización anticipada; que dicho suscriptor, empresario de 68 años, aunque con estudios básicos, era consciente de la aleatoriedad del producto, como así reconoce expresamente al firmar la orden de compra donde resaltado en negrilla se dice que "el titular hace constar que conoce el significado y trascendencia de la presente orden"; y que ello no podía ser de otro modo, cuando el 2 de junio de 2.009, es decir, seis días antes de la suscripción, se le practicó un test de conveniencia firmado por el propio suscriptor, en que declaraba que en los 3 últimos años había efectuado inversiones en obligaciones subordinadas o participaciones preferentes, que conocía las principales características y riesgos financieros de las obligaciones subordinadas y de las participaciones preferentes, y que a veces, al menos una vez al trimestre, por su actividad laboral tenía relación con asuntos o temas financieros".

4. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.- 1.** Los recurrentes, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, interponen recurso extraordinario por infracción procesal que articulan en un único motivo.

En dicho motivo denuncian la infracción del art. 209.3 y 218.2 de la LEC, y del art. 24 CE.

En el desarrollo del motivo argumentan que la sentencia recurrida ha omitido toda expresión concreta de las normas jurídicas en las que basa su decisión.

2. El motivo debe ser desestimado. Contrariamente a lo sustentado por los recurrentes, la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho tercero, contempla expresamente la normativa objeto de aplicación, en particular el art. 79 bis LMV, con cita de la jurisprudencia de esta sala (STS de 30 de junio de 2015).

Recurso de casación

**TERCERO.- Obligaciones subordinadas. Inexistencia de error vicio en el consentimiento prestado.**

1. Los recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del art. 417.2 LEC, interponen recurso de casación que articulan en dos motivos.

En el primer motivo los recurrentes denuncian la infracción por inaplicación del art. 6.3 CC en relación con la infracción de los arts. 78 bis, 79, 79 bis LMV; la infracción de los arts. 60, 61, 62, 73 y 72 del RD 217/2008, de 15 de febrero; la infracción de los arts. 4.4 y 19 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004; la infracción del art. 52 de la Directiva 2006/73/CE; y la infracción del art. 217. 7 LEC.

En el desarrollo del motivo cuestionan la valoración de la prueba que realiza la sentencia sobre diversas cuestiones: entrega del folleto, realización del test de conveniencia, advertencia del riesgo de la operación, patrimonio del cliente, etc.

2. El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, el encabezamiento del motivo resulta incorrecto por la acumulación de preceptos heterogéneos; cuya concreta infracción, además, no viene contemplada en el posterior desarrollo del motivo.

En segundo lugar, porque dicho desarrollo del motivo plantea una clara alteración de la base fáctica de la sentencia recurrida ( art. 483.2.4.º LEC).

3. En el motivo segundo los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 1265, 1266 y 1269 CC y de la jurisprudencia de esta sala que los interpreta.

En el desarrollo del motivo sustentan que ha existido un error vicio en el consentimiento prestado, conforme al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia.

4. El motivo debe ser desestimado. Los recurrentes en el planteamiento del motivo incurren en una petición de principio (hacer supuesto de la cuestión), esto es, formular una impugnación dando por sentado un hecho, en nuestro caso que ha existido un error vicio en el consentimiento prestado, que precisamente no ha resultado acreditado en la instancia ( art. 483.2.4.º LEC).

**TERCERO.- Costas y depósitos**



1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas causadas por los mismos se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.
2. Asimismo, procede ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

#### FALLO

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

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación de D.ª Bernarda y D. Epifanio contra la sentencia dictada, con fecha 20 de enero de 2016, por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11.ª, en el rollo de apelación núm. 370/2015.
2. Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente.
3. Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos.

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

Así se acuerda y firma.

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres