



Roj: **STS 761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:761**

Id Cendoj: **28079110012019100142**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2019**

Nº de Recurso: **3068/2016**

Nº de Resolución: **156/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1130/2016,**
STS 761/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 156/2019

Fecha de sentencia: 14/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3068/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2019

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN núm.: 3068/2016

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 156/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 14 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 654/15 por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 949/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cádiz, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. Fernando Lepiani Velázquez en nombre y representación de D.ª Antonia, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. José Luis Barragués Fernández en calidad de recurrente y el procurador D. Joaquín M.ª Jáñez Ramos en nombre y representación de Bankia S.A., en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador D. Fernando Lepiani Velázquez en nombre y representación de D.ª Antonia, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Bankia S.A., bajo la dirección letrada de D. José Luis Ortiz Miranda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1. Declare la NULIDAD/ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE COMPRA DE PREFERENTES por importe de 18.000 euros Caja Madrid Serie II 2009 suscrito el 7/07/09, y del posterior canje en acciones realizado por Bankia.

2. Declare la NULIDAD/ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE COMPRA DE ACCIONES por importe de 3.000 euros suscrito el 22/07/11.

3. Subsidiariamente, acuerde la resolución de ambos contratos por incumplimiento por parte de la Entidad de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información, por falta de información adecuada los clientes de lo %he realmente compraban.

4. Y en todos los casos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes por el efecto legal, inherente en el art. 1.303 CC, condene a BANKIA (Caja Madrid) a restituir al actor la cantidad de 21.000 euros (18.000 € en preferentes y 3.000 € en acciones) por compra de participaciones preferentes y por compra del acciones, con los intereses de dicha suma, que en defecto de pacto, deben ser los legales devengados desde la fecha del contrato a la fecha de la presentación de esta demanda.

5. Así como, a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y, cargados al actor o, que lo fueren en lo sucesivo, por la contratación o por cualquier otra razón de la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones y, por su parte, el demandante deberá devolver a la entidad demandada BANKIA (Caja Madrid) las participaciones, preferentes y acciones recibidas en virtud del contrato cuya nulidad se declaran, transmitiendo a la demandada la propiedad de dichas participaciones y acciones, así como la suma en concepto de beneficios) generados por dichas participaciones y/o acciones, procediendo la compensación entre ambas cantidades.

6. E imponga las costas de este procedimiento a BANKIA (Caja Madrid) si se opone a esta justa acción".

SEGUNDO .- El procurador don Ricardo de la Santa Márquez, en nombre y representación de Bankia S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D.ª María José Cosmea Rodríguez 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 imposición de costas a la parte actora".

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cádiz, dictó sentencia con fecha 29 de junio de 2015, dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimo la Demanda formulada por el Procurador Don Fernando Lepiani Velázquez, en nombre y representación de DOÑA Antonia, contra BANKIA, S.A., representada por el Procurador, Don Ricardo Santa Márquez.

Declaro la nulidad del contrato de orden de compra de participaciones preferentes Caja Madrid 2009, de fecha 7 de Julio de 2009, por importe nominal de 18.000 €.

Condeno a BANKIA, S. A. a restituir a la actora la cantidad de Dieciocho Mil Euros (18.000 €); los intereses legales devengados desde la fecha de compra del producto, debiendo la actora restituir las acciones recibidas por canje de las participaciones y la cantidad percibida como rendimientos, más sus intereses legales desde la fecha de su pago.



En Ejecución de Sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria antes expuesta (art. 219.2 LEC), quedando fijada la cantidad de la que por vía de compensación judicial resulte ser acreedora la parte actora.

Declaro la nulidad del contrato de compra de acciones de Bankia de fecha 22 de Julio de 2011 por valor de 3.000 €

Condeno a BANKIA, S. A. a restituir a la actora la cantidad de Tres Mil Euros (3.000 €); los intereses legales devengados desde la fecha de compra de las acciones de Bankia, debiendo la actora restituir las acciones de Bankia adquiridas. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada".

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Bankia S.A., la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. De la Santa Márquez en representación de la entidad Bankia S.A. frente a la Sentencia dictada en estas actuaciones por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia N.º 3 de Cádiz, con revocación parcial de la misma, confirmamos la nulidad de compra de acciones de 22 de julio de 2011 , debiendo restituir la parte demandada a la parte actora la cantidad de 3.000 euros más los intereses legales desde la fecha de la compra, y la parte actora debe restituir las acciones de Bankia adquiridas y declarando la validez del contrato de participaciones preferentes Caja Madrid de fecha 7 de julio de 2009, sin hacerse especial pronunciamiento de las costas procesales ni en primera ni en segunda instancia".

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D.ª Antonia con apoyo en un único motivo.- Art. 477.2.3.º LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 CC en relación con el art. 78 , 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre del Mercado de Valores .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 17 de octubre de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Joaquín Jáñez Ramos, en nombre y representación de Bankia S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de febrero del 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El 7 de julio de 2009, D.ª Antonia suscribió una orden de adquisición de participaciones preferentes de Caja Madrid, por importe nominal de 18.000 €. Con posterioridad, el 22 de julio de 2011, compró acciones de Bankia por importe de 3.000 €.

2. El 22 de mayo de 2009, con relación a la adquisición de las participaciones preferentes, la cliente había firmado un documento con el siguiente tenor:

"D.ª Antonia , con DNI/NIF NUM000 , o en su caso, el representante legal, debidamente acreditado, manifiesta que ha sido informado de que el instrumento financiero referenciado presenta un riesgo elevado. En particular, de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y de que no existe garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en el caso de que decida vender el instrumento financiero referenciado. Asimismo, se le ha informado de que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o su grupo. Y que si en un periodo determinado no se pagara remuneración, ésta no se sumará a los cupones de periodos posteriores. El cliente también ha sido informado de que el calificativo "preferente" no significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados, pues en el orden de recuperación de créditos se sitúan únicamente por delante de las acciones ordinarias".

3. D.ª Antonia presentó una demanda contra Bankia en la que solicitaba que se declarase la nulidad del contrato de adquisición de las participaciones preferentes, así como la del contrato de adquisición de acciones de la citada entidad, por error vicio en el consentimiento prestado.

La entidad financiera se opuso a la demanda.

4. La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia lo estimó en parte. En este sentido, con relación a la adquisición de las participaciones preferentes declaró:



"[...] El documento 5 de la contestación de la demanda, la parte demandante firma y acepta que el instrumento financiero presenta un riesgo elevado. En particular, de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y de que no existe garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en el que se decida vender el instrumento financiero referenciado. Asimismo, se le ha informado de que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o su grupo ...

" La Sra. Antonia , de profesión Notaria, debió leer lo que contrataba, que el producto era de riesgo elevado, en el que podían existir pérdidas de capital, y que no existía garantía de negociación rápida y fluida, en caso de venta del producto, y en su caso, no tendría remuneración. Lo consignado en el documento 5 de la contestación lo entiende una persona leiga, y con mayor razón debió ser comprendida por la parte demandante. Por todo ello, entendemos que no existe error del consentimiento en la contratación de participaciones preferentes, por lo que se revoca la sentencia en este sentido".

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación

SEGUNDO.- Participaciones preferentes. Ofrecimiento al cliente, con la debida antelación, de información precisa y suficiente sobre las características y riesgos asociados del producto financiero ofertado.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

2. En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC en relación con los arts. 78 , 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , así como la vulneración de la jurisprudencia de esta sala (SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014 ; 323/2015, de 30 de junio ; 497/2015, de 15 de septiembre ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 387/2014, de 8 de julio y 110/2015, de 26 de febrero , entre otras).

En el desarrollo del motivo argumenta que la sentencia recurrida no ha aplicado correctamente la jurisprudencia de esta sala relativa al error del consentimiento en la adquisición de estos productos financieros complejos.

3. El motivo debe ser desestimado. La Audiencia Provincial declara probado que se entregó a la cliente el documento que ha sido destacado en los antecedentes del presente caso. El documento, suscrito por la cliente en la fase precontractual de la comercialización del producto financiero, contiene una información cumplida, suficiente y comprensible sobre los riesgos del producto ofertado. En concreto, se advierte con claridad sobre los siguientes riesgos: posibilidad de incurrir en pérdidas, inexistencia de garantías de que los títulos puedan ser revendidos de forma "rápida y fluida" en el mercado, posibilidad de no percibir las remuneraciones del producto y el carácter no preferente de dichos títulos en caso de concurso del emisor, "sólo por delante de las acciones ordinarias".

En suma, como ya ha declarado esta sala en un asunto semejante al aquí enjuiciado (STS 245/2017, de 20 de abril), conforme a los hechos probados, aunque en el presente caso no se realizara el test de idoneidad, no cabe considerar que la entidad financiera incumpliera sus deberes de información, ni que, como consecuencia de ello, la cliente prestará su consentimiento contractual viciado por error.

TERCERO.- Costas y depósitos

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, según dispone el art. 398.1 LEC .

2. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso, según establece 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 de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Antonia contra la sentencia dictada, con fecha 20 de julio de 2016, por la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, en el rollo de apelación núm. 654/2015 .

2. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

3. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ