

Roj: STS 4545/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4545  
Id Cendoj: 28079110012016100601  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1349/2014  
Nº de Resolución: 625/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 24 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Córdoba. Los recursos fueron interpuestos por Modesto y Pascual, representados por la procuradora Mercedes Caro Bonilla. Es parte recurrida la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Francisco Hidalgo Trapero, en nombre y representación de Pascual y Modesto, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Córdoba, contra la entidad Bankinter S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que, estimando íntegramente la demanda:

- Anule el **contrato** de compraventa de participaciones preferentes de las entidades mercantiles General Motors y British Airways formalizado el 1 de octubre de 2004, entre Bankinter S.A. y los demandantes, por vicio en el **consentimiento**, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados como consecuencia del **contrato**, conforme a la liquidación efectuada en el Fundamento de Derecho Cuarto de este escrito, debiendo abonar en su virtud Bankinter, S.A. a mis mandantes las siguientes cantidades: (i) 130.292,02 euros a don Pascual; y (ii) 128.979,89 euros a don Modesto.

- Subsidiariamente, declare la resolución del **contrato** de compraventa de participaciones preferentes de las entidades mercantiles General Motors y Bristish Airways formalizado el 1 de octubre de 2004, entre Bankinter, S.A. y los demandantes, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de la demandada, condenando a Bankinter S.A. a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios sufridos, que, conforme a la liquidación efectuada en el Fundamento de Derecho Cuarto de este escrito, asciende a las siguientes sumas: (i) 130.292,02 euros respectos de don Pascual; (ii) 128.979,89 euros respecto de don Modesto.

- En todo caso, que se condene a Bankinter S.A. al pago de los intereses legales que correspondan desde la fecha de presentación de esta demanda hasta que recaiga Sentencia, más los que correspondan desde la Sentencia hasta su efectivo pago, calculados conforme al artículo 576 de la LEC.

- En todo caso, que se impongan las costas a Bankinter, S.A.».

2. El procurador Francisco Javier Aguayo Corraliza, en representación de la entidad Bankinter, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«íntegramente desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Córdoba dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda formulada por el procurador Sr. Hidalgo Trapero, en nombre y representación de D. Pascual y D. Modesto , contra la entidad Bankinter, S.A., debo declarar y declaro la nulidad por vicio de **error** en el **consentimiento** de la orden de compra suscrita por los actores y la demandada de participaciones preferentes de las entidades Generals Motors y British Airways formalizada el 1 de octubre de 2004, con restitución a cada uno de los actores de la suma de 120.000 euros en su día entregada más el interés legal desde esa fecha y con restitución a la demandada de los intereses percibidos por los actores más el interés legal del dinero desde cada una de las fechas de ingreso, condenando a la demandada al pago de las costas procesales».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Bankinter, S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, mediante sentencia de 19 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankinter S.A. contra la sentencia dictada con fecha doce de diciembre de dos mil trece por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Córdoba , y con revocación de dicha resolución, absolvemos a la apelante de la demanda formulada contra ella por don Pascual y por don Modesto , imponiendo a estos demandantes las costas de primera y segunda instancia.

»Devuélvase a la recurrente la cantidad depositada para recurrir».

3. Instada la aclaración de la sentencia anterior, se dictó auto de fecha 2 de abril de 2014 cuya parte dispositiva es como sigue:

«Parte Dispositiva: La Sala acuerda rectificar **error** material padecido en la sentencia dictada en fecha diecinueve de marzo de dos mil catorce , en los siguientes términos:

»El fundamento jurídico tercero debe decir: "Lo anterior comporta la estimación del recurso, con imposición de las costas de la primera instancia, sin que proceda hacer igual declaración en la alzada, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ".

»El fallo debe quedar redactado del siguiente tenor: "Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankinter S.A. contra la sentencia dictada con fecha doce de diciembre de dos mil trece por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Córdoba , y con revocación de dicha resolución, absolvemos a la apelante de la demanda formulada contra ella por don Pascual y por don Modesto , imponiendo a estos demandantes las costas de primera instancia, sin hacer declaración expresa sobre las de la alzada"».

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

1. El procurador Francisco Solano Hidalgo, en representación de Pascual y Modesto , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 10 de la LEC , por vulneración del art. 24 de la Constitución

2º) Infracción del art. 218 de la LEC en relación con el apartado 3º del art. 209 de la LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 1257 del Código Civil .

2º) Infracción de los arts. 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores , en la redacción vigente cuando se concertó el **contrato**, así como la normativa reglamentaria que los desarrolla, art. 16 y anexo sobre Código General de Conducta del Real Decreto 629/1993, de 3 de marzo , art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 , y arts. 2 a 4 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999. Infracción del art. 1718 del Código Civil en relación con el 244 del Código de Comercio .

3º) Existir sentencias manifiestamente contradictorias de las Audiencias Provinciales sobre el asunto jurídico objeto del presente procedimiento».

2. Por diligencia de ordenación de 13 de mayo de 2014, la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Modesto y Pascual, representados por la procuradora Mercedes Caro Bonilla; y como parte recurrida la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

4. Esta Sala dictó auto de fecha 15 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Modesto y D. Pascual contra la sentencia dictada, el día 19 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 204/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1764/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankinter S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

En septiembre de 2004, el departamento de banca privada de Bankinter ofreció a Pascual y Modesto la posibilidad de adquirir diversos productos financieros. El 1 de octubre de 2004, el banco remitió a estos clientes un fax en el que, entre los productos ofrecidos, se encontraban bonos y participaciones preferentes respecto de los que se afirmaba que «el capital está garantizado al 100% por cada emisor».

Ese mismo día 1 de octubre de 2004, tras una conversación en la que intervino la hija del Sr. Pascual ( Berta ), mediante otro fax se concretó la orden de compra de participaciones preferentes de General Motors y de British Airways. Las preferentes de General Motors ofrecían una rentabilidad del 7% y las de British Airways del 6,75%. Finalmente, también ese día 1 de octubre, se formalizó la compra para cada uno de los demandantes de 60.000 euros en participaciones preferentes de General Motors y 60.000 euros en participaciones preferentes de British Airways.

El empleado de Bankinter que intervino en la operación reconoció que no facilitó la totalidad de la información sobre este producto, las preferentes, en atención al conocimiento que del producto tenía la Sra. Berta. En cualquier caso, el producto se ofreció y **contrató** bajo la suposición de que el capital nominal estaba garantizado al 100% por cada emisor, y sin informar que la quiebra del emisor podía dar lugar a la pérdida de todo o parte de la inversión.

General Motors devino en situación de insolvencia y el 1 de junio de 2009 se acogió al capítulo 11 de la Ley de Quiebras de Estados Unidos.

Pascual y Modesto presentaron una reclamación ante la CNMV. El 13 de agosto de 2012, la CNMV emitió un informe en que se afirmaba que los productos que se les ofreció y finalmente adquirieron (participaciones preferentes de General Motors y British Airways) eran productos de riesgo; y que Bankinter no había acreditado ni justificado que dispusiera de información relativa a la situación financiera y a los objetivos de inversión de sus clientes, ni del nivel de riesgo que estaban dispuestos a asumir. También consideraba insuficiente la información escrita suministrada por Bankinter a sus clientes, Pascual y Modesto, mediante los faxes enviados, en los que además se hacía hincapié en que «el capital está garantizado 100% por cada emisor». Esta afirmación es calificada por la CNMV de «confusa», pues «podría inducir a que los clientes pensasen que se trataba de inversiones sin riesgo de pérdida de capital, lo cual no se correspondía con la realidad».

2. En su demanda, Pascual y Modesto ejercitaron varias acciones. La primera, de nulidad de la compra de las reseñadas participaciones preferentes formalizada entre Bankinter y los demandantes el 1 de octubre de 2004, por vicio en el **consentimiento**, con la consiguiente obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas. La segunda, que se ejercitaba de forma subsidiaria a la anterior, pedía la resolución del **contrato** de compraventa de las participaciones preferentes de 1 de octubre de 2004, por incumplimiento de las obligaciones contractuales de la parte demandada, Bankinter, a quien se debía condenar a indemnizar los daños y perjuicios sufridos que ascienden a las siguientes sumas: 130.292,02 euros, respecto de don Pascual , y 128.979,89 euros respecto de Modesto .

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la primera acción y declaró la nulidad, por **error** vicio en el **consentimiento**, de la orden de compra de las participaciones preferentes de General Motors y British Airways, y condenó a Bankinter a devolver a cada uno de los demandantes los 120.000 euros entregados en su día, más los intereses, con restitución a la demandada de los intereses percibidos por los demandantes, más el interés legal desde cada una de las fechas de ingreso.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Bankinter. La Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que la demandada carecía de legitimación pasiva respecto de las dos acciones ejercitadas. Estas acciones pretendían la nulidad del **contrato** de adquisición de las participaciones preferentes de General Motors y British Airways, y, subsidiariamente, su resolución por incumplimiento contractual de Bankinter. La Audiencia razona que Bankinter no sería propiamente parte en la adquisición de las participaciones preferentes, sino que su intervención habría sido la de asesoramiento inversor. Consiguientemente, desestima la demanda y absuelve a Bankinter de las pretensiones de la demanda.

5. Frente a la sentencia de apelación, Pascual y Modesto formulan recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos y recurso de casación articulado en tres, que en realidad son dos, porque el tercero ilustra la contradicción de resoluciones en las Audiencias Provinciales.

#### **SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción*

1. *Formulación de los motivos primero y segundo* . El *motivo primero* se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE , y denuncia la infracción del art. 10 LEC .

En el desarrollo del motivo razona que la sentencia aprecia la falta de legitimación pasiva de Bankinter sobre la base de que las acciones ejercitadas de nulidad por vicio en el **consentimiento** y de resolución por incumplimiento se referían a supuestos **contratos** concertados por los demandantes con los emisores de las participaciones preferentes, cuando las acciones ejercitadas se basaban en la relación, aceptada por la demandada en su contestación, entre los demandantes y la demandada, concretada en el **contrato** de 1 de octubre de 2004.

El *motivo segundo* se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, por infracción del art. 218. LEC en relación con el art. 209.3 LEC , «al resolver -la sentencia recurrida- apartándose de la causa de pedir y de las alegaciones y fundamentos de las partes y obviarse hechos y fundamentos de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, incurriendo en incongruencia extra petita».

Procede estimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del recurso* . La demanda fue dirigida contra Bankinter, que fue quien ofertó y comercializó las participaciones preferentes a los demandantes, y en ella se pedía primero la nulidad por vicio en el **consentimiento** y, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento de las obligaciones de Bankinter.

Bankinter, al contestar, no excepcionó la falta de legitimación pasiva. Reconoció que había actuado como intermediario y que el dinero recibido lo había empleado en la compra de las participaciones. El banco, en la fundamentación jurídica de su contestación a la demanda y al hilo de su argumentación sobre caducidad de la acción y del comienzo del cómputo del plazo, alega que su participación fue la propia de un mandato de comisión bursátil. Pero, en cualquier caso, esta argumentación se realizó para precisar el comienzo del cómputo del plazo de caducidad, pero no para negar su legitimación pasiva. De hecho, las razones de la oposición fueron otras: la caducidad de la acción de nulidad por vicio en el **consentimiento**; la ausencia del **error** vicio; la confirmación del **contrato**...; además de la ausencia de responsabilidad contractual.

En realidad, el banco entendió que la acción de nulidad se refería a su intermediación en la adquisición de las participaciones preferentes, y, por ello, en su contestación dedica un apartado a razonar que en el hipotético caso en que se admitiera la nulidad, la consecuencia no podía ser la restitución del dinero.

De todo lo anterior debemos concluir que la acción de nulidad ejercitada en la demanda iba dirigida a la operación por la que Bankinter "comercializó" las participaciones preferentes de General Motors y British Airways, al margen de que esta "comercialización" en realidad conllevara una intermediación por parte de Bankinter, y las características concretas de esta intermediación o distribución que no han sido objeto de discusión en el pleito.

En este contexto, si el banco no negó su legitimación pasiva, y por ello no excepcionó la falta de legitimación pasiva respecto de las dos acciones, la de nulidad y la de resolución por incumplimiento contractual, el tribunal de apelación no podía apreciarla de oficio sin incurrir, como se denuncia en el motivo segundo, en incongruencia *extra petitum*.

**3. Jurisprudencia sobre la incongruencia *extra petitum*.** Con carácter general, venimos considerando que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» ( sentencias 173/2013, de 6 de marzo ).

«De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (" *ultra petita* "), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (" *extra petita* ") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (" *infra petita* "), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito» ( sentencias 468/2014, de 11 de septiembre , y 375/2015, de 6 de julio ).

En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que «las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador» ( sentencias 476/2012, de 20 de julio , y 365/2013, de 6 de junio ). De tal forma que, como puntualiza esta última sentencia 365/2013, de 6 de junio , «la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formulada (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado».

La sentencia de apelación estima el recurso de apelación y desestima íntegramente la demanda como consecuencia de haber apreciado de oficio la excepción de falta de legitimación pasiva del banco demandado, respecto de las dos acciones ejercitadas, sin que fuera admisible tan apreciación de oficio, por lo expuesto en el apartado anterior.

**4. Consecuencias de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.** La consecuencia de la estimación de este recurso es que, conforme a lo previsto en la regla 7ª de la disposición final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , debemos proceder a dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta lo alegado en los motivos de casación.

### **TERCERO. Nulidad por vicio en el *consentimiento***

**1.** Aunque la comercialización de las participaciones preferentes fue muy anterior a que se traspusiera en España la Directiva MiFID, en concreto fue el día 1 de octubre de 2004, en ese momento ya existía una normativa, que hemos venido denominando pre-MiFID, que imponía en la comercialización de productos complejos, como son las participaciones preferentes, unos especiales deberes de información. Así lo expresamos, entre otras, en la sentencia 60/2016, de 12 de febrero :

«(T)ambién con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba "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 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" ( sentencias 460/2014, de 10 de septiembre , y 547/2015, de 20 de octubre ).

»El art. 79 LMV 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"».

2. De este modo, Bankinter, al comercializar las participaciones preferentes que ofreció y finalmente adquirieron los demandantes, estaba obligada a suministrar una información clara y comprensible a estos clientes, que les permitiera conocer las características de este producto financiero y sus concretos riesgos, entre los que se encontraba la insolvencia de la entidad emisora. Que es el que finalmente se actualizó, en el caso de General Motors.

Como afirmamos en la sentencia 458/2014, de 8 de septiembre , «las participaciones preferentes (...) vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda»: «son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es cumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios». En la sentencia 102/2016, de 25 de febrero , nos extendimos con mayor detalle en la caracterización de este producto, para abordar el mismo problema que se plantea ahora sobre la validez del negocio de comercialización de las participaciones preferentes:

«La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.

[...]

»La actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 2 h ) incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

»Las participaciones preferentes están reguladas en la antes citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financiero s.

En su artículo 7 se indica que constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Cumplen una función de financiación de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en ellas no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

»A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permite definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

»Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-participes».

3. En nuestro caso, no queda constancia de que los demandantes fueran inversores profesionales, razón por la cual, Bankinter venía obligada a explicar muy bien estas características del producto, y en concreto el carácter perpetuo, junto con las posibilidades reales de recuperar el capital invertido, y los escenarios en que no sería posible.

Como hemos advertido, la información debía alcanzar al riesgo de pérdida de la inversión, total o parcial, en caso de insolvencia del emisor. Así hemos reiterado en otras ocasiones que entre la información que debe ser suministrada al cliente debería incluirse «el riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor» ( sentencia 460/2014, de 10 de septiembre ), máxime en un supuesto como el presente en que el producto financiero se ofreció como una inversión en la que se garantizaba el 100% del capital invertido.

No sólo no queda constancia de que los demandantes hubieran sido informados en aquel momento, cuando adquirieron las participaciones preferentes, de las reseñadas características de este producto, en concreto, de su carácter perpetuo, del riesgo de cese de la rentabilidad ofertada e, incluso, de pérdida, total o parcial, del capital invertido por insolvencia de la emisora, sino que, además, en la oferta recibida se resaltaba que se les aseguraba el 100% del capital invertido.

4. La existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del **error** vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala. En este sentido conviene traer a colación esta jurisprudencia sobre el **error** vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el **consentimiento**, el **error** ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del **contrato** o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del **contrato** ( art. 1261.2 CC ). Además el **error** ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del **contrato**- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El **error** vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del **contrato** se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos,

de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de **error**.

»Por otro lado, el **error** ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»

5. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las participaciones preferentes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su **consentimiento**. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este **error** es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

6. Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el **consentimiento** por **error** es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del **contrato**, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el **consentimiento**. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del **error** vicio, sino que permite presumirlo» ( sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 ).

De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de **error** vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de las participaciones preferentes ofertadas por Bankinter a los demandantes, que finalmente adquirieron el 1 de octubre de 2004.

La presunción de **error** vicio, que admite una justificación en contrario, no ha quedado desvirtuada por las referencias a que la hija de uno de los demandantes hubiera intervenido en la contratación y tuviera conocimientos financieros suficientes para entender la complejidad de los productos. No queda constancia de los concretos conocimientos de la Sra. Pascual , ni de que tuviera la condición de inversora profesional, ni en qué consistía su experiencia previa, ni que la misma le hubiera reportado un conocimiento de todos los riesgos que asumían los demandantes en la contratación de los productos.

Por último, la apreciación del **error** o defecto de representación de los verdaderos riesgos asociados a las preferentes contratadas, en concreto que podían perder la inversión en caso de insolvencia del emisor, lleva implícito que los clientes, de haberlos conocido, no lo hubieran contratado.

7. Por todo lo anterior, procede confirmar la nulidad de la contratación de las participaciones preferentes adquiridas por los demandantes el día 1 de octubre de 2004 y comercializadas por Bankinter.

Sin perjuicio de quién fuera la entidad emisora de las participaciones preferentes, a los efectos del presente proceso, se sobreentiende que su comercialización se realizó entre Bankinter y los demandantes, razón por la cual la nulidad afecta exclusivamente a esta comercialización y los efectos consiguientes alcanzan a una y otros, partes en la comercialización.

Por ello, los efectos de la nulidad son los acordados en la sentencia de primera instancia: Bankinter deberá restituir la inversión entregada por los demandantes para la contratación de las preferentes, 120.000 euros cada uno, más el interés devengado desde que fueron entregados; y los demandantes deberán entregar a Bankinter los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada ingreso.

#### **CUARTO. Costas**

1. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal no procede hacer expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).





Como la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal ha provocado que no se entrara a resolver el recurso de casación, no hacemos expresa condena respecto de las costas de este recurso.

2. Desestimado el recurso de apelación, condenamos a la parte apelante al pago de las costas generadas por su recurso ( art. 398.1 LEC ).

## 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 extraordinario por infracción procesal formulado por la representación de Pascual y Modesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 1ª) de 19 de marzo de 2014 (rollo núm. 204/2014 ), que dejamos sin efecto, sin imponer las costas de este recurso y del recurso de casación a ninguna de las partes. 2.º- Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de Bankinter, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Córdoba de 12 de diciembre de 2013 (juicio ordinario núm. 1764/2012), con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. 3.º- Devuélvase el depósito constituido para recurrir. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ