



Roj: **STS 4104/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4104**

Id Cendoj: **28079110012017100589**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2017**

Nº de Recurso: **1889/2015**

Nº de Resolución: **626/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 358/2015,**  
**STS 4104/2017**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 626/2017**

Fecha de sentencia: 21/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1889/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/10/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipúzcoa (3ª)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1889/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 626/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 21 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 656/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Sebastián; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de D. Jon , representado ante esta sala por el procurador don Mario Castro Casas, bajo la dirección letrada de doña Saioa Pérez Turillas; siendo parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Alicia Oliva Collar, bajo la dirección letrada de D. José Manuel Martínez de Bedoya.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de don Jon , interpuso demanda de juicio ordinario contra BBVA alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«(...) se estime íntegramente la demanda y se declare la NULIDAD DE LOS CONTRATOS, y se condene a la demandada a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos que se concretan en la cantidad desembolsada por mis representados y que asciende a OCHENTA MIL VEINTICINCO EUROS, más los gastos de custodia desembolsados, los intereses legales, intereses de demora y las costas de este procedimiento.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

(...) sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representada de la totalidad de los pedimentos de la misma, con imposición de costas a la actora.»

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Donostia-San Sebastián, dictó sentencia con fecha 16 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Etxabe Azkue, en nombre y representación de Don Jon contra la entidad "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A." y CONDENAR a la misma a abonar la cantidad de 72.213,58 euros, más el interés legal del dinero desde el 4 de marzo de 2010 hasta la fecha de esta resolución que devengará el interés legal anual del dinero incrementado en dos puntos hasta su completo pago y, a abonar la cantidad de 1.275,32 euros correspondientes a las comisiones cobradas más el interés legal anual del dinero desde la fecha de sus respectivos devengos hasta la fecha de esta resolución que devengará el interés legal anual del dinero incrementado en dos puntos hasta su completo pago, sin imposición de las costas de este procedimiento a ninguna de las partes.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«Estimando el recurso de Apelación interpuesto por la representación de la entidad Banco BBVA S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Sebastián de 16 de octubre de 2014 y; debemos revocar y revocamos la resolución recurrida en el sentido de desestimar la demanda, con imposición al actora de las costas de la instancia y sin pronunciamiento en costas en la alzada.»

**TERCERO.-** La procuradora doña Saioa Etxabe Azkue, en nombre y representación de don Jon interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional fundado en los siguientes motivos:

1.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, por vulneración del artículo 218.2 LEC. el segundo se apoya en el artículo 469.1.4.º y denuncia la vulneración del artículo 24 CE.

2.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC por vulneración del artículo 24 CE.

Por su parte, el recurso de casación, por interés casacional, se funda en la infracción de los artículos 1265 y 1266 CC, en relación con la jurisprudencia de esta sala.



**CUARTO.-** Por auto de 28 de junio de 2017 se admitió a trámite dicho recurso, dando traslado a la parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya S.A. que presentó escrito oponiéndose bajo la representación de la procuradora doña Alicia Oliva Collar.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 31 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Jon interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en ejercicio de acción de nulidad de dos órdenes de compra de aportaciones financieras subordinadas de Eroski, de fecha 4 de marzo de 2010, alegando que existió error vicio en el consentimiento derivado de la parcial o insuficiente información facilitada por la demandada en el momento de la contratación. La demandada se opuso y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Sebastián dictó sentencia de fecha 16 de octubre de 2014 por la que estimó parcialmente la demanda, apreció la existencia de error en el consentimiento derivado de una deficiente información y condenó a la demandada a abonar al demandante la cantidad de 72.213,58 euros, y la de 1.275,32 euros correspondientes a las comisiones cobradas, más el interés legal.

La sentencia fue recurrida en apelación por la demandada y la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia de fecha 27 de abril de 2015, por la cual estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

La Audiencia concluye que los documentos fueron suscritos por una persona con formación académica superior y con experiencia inversora derivada de la suscripción de productos de renta variable, sin que a la infracción administrativa de no haber aportado los documentos acreditativos de la realización de los test de conveniencia, en cumplimiento de la normativa MIDIF, suponga por sí la nulidad del contrato, pues debe ponerse en relación con el perfil de inversor habitual y los productos que el mismo había suscrito con anterioridad, haciendo referencia en la demanda a preferentes del BBVA y a diferentes fondos de renta variable, en los cuales la pérdida del capital aportado es factible, y que entrañan complejidad, habiendo recibido información periódica del producto suscrito, por lo que no puede concluirse que existió error en cuanto a la comprensión de las características del producto.

Contra dicha sentencia, el demandante don Jon ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación en la modalidad de interés casacional.

**SEGUNDO.-** La sentencia impugnada, en su fundamento de derecho séptimo, concluye afirmando lo siguiente:

«de lo anterior se desprende que los documentos fueron suscritos por una persona con formación académica superior y con experiencia inversora derivada de la suscripción de productos de renta variable, sin que a la infracción administrativa de no haber aportado los documentos acreditativos de la realización de los test de conveniencia, acordes a la normativa MIDIF, no supone por si solo la nulidad del contrato, pues es la cuestión de la complejidad y, sustancialmente, el perfil inversor de quien las efectúa lo que deviene sustancial para acreditar el error como vicio del consentimiento, por lo tanto, el que falte la realización del test de conveniencia debe ponerse en relación con el perfil de inversor habitual y los productos que el mismo había suscrito con anterioridad, en la demanda hace mención a preferentes del BBVA, y de la documental consta la suscripción de diferentes fondos de renta variable, fondos en que la pérdida del capital aportado es factible y que entrañan complejidad, por lo que no puede mantenerse en el supuesto de autos, que el perfil del actor fuera el de un pequeño ahorrador, sin experiencia en el mercado financiero, con inversiones precedentes que se limitaron a una modesta adquisición de acciones y depósitos o planes de pensiones en cuanto productos que no entrañan complejidad alguna, sino que tenía en su cartera productos de cierta complejidad, habiendo recibido información periódica del producto suscrito, por lo que no puede de estas circunstancias entenderse la existencia del error en cuanto a la representación de las características del producto por lo que ha de acogerse el recurso de apelación».

### Recurso extraordinario por infracción procesal

**TERCERO.-** El primero de los motivos, amparado en el artículo 469.1.2.º LEC, denuncia la vulneración o infracción de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba o arbitrariedad en dicha valoración, con infracción del artículo 218.2 LEC; el segundo se apoya en el artículo 469.1.4.º y denuncia la vulneración del artículo 24 CE.



Ambos motivos han de ser rechazados ya que confunden la valoración probatoria, que se refiere únicamente a la determinación de los hechos que han de considerarse acreditados como resultado de la prueba practicada, con la trascendencia o efectos jurídicos que han de ser atribuidos a dichos hechos; en este caso se discute la existencia o no de error en el consentimiento, lo que constituye una valoración jurídica que a su vez incluye la valoración sobre la esencialidad y inexcusabilidad de tal error. No se refiere la parte recurrente a que no se haya tenido en cuenta -o se haya errado notoriamente- respecto de la existencia de determinados documentos informativos por parte de la entidad bancaria, sino que en realidad se refiere a un tema jurídico y buena prueba de ello es que la misma cuestión se reproduce en el motivo único de casación.

### Recurso de casación

**CUARTO.-** El único motivo del recurso alega la infracción de los artículos 1265 y 1266 CC, sobre el error como vicio del consentimiento, en relación con la jurisprudencia de esta sala.

La reciente sentencia núm. 245/2017, de 20 abril, viene a decir 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».

En definitiva, lo trascendente a efectos de dar lugar a una declaración de nulidad contractual es determinar si la falta de adecuada información por parte de la entidad bancaria queda suplida por el adecuado conocimiento por parte del cliente del producto que contrata, lo que lógicamente ha de ser acreditado por aquélla. La Audiencia niega la existencia de tal vicio del consentimiento partiendo de un dato relevante, como es que el demandante había suscrito con anterioridad participaciones preferentes del BBVA habiendo realizado su valor mediante la venta en el mercado secundario, conociendo la naturaleza y características del producto. Cuando vuelve a adquirir un producto de este tipo -al comprobar su resultado negativo- solicita la declaración de nulidad. Pues bien, la doctrina de esta sala ha establecido que la falta de información y formulación de test de idoneidad y de conveniencia -impuestos por la normativa MiFid- no queda suplida por un simple conocimiento básico de las operaciones e inversiones bancarias y sólo puede superarse cuando se trata de un inversor experto.

Por ello hay que considerar que la sentencia impugnada no ha aplicado la doctrina sentada por esta sala en las sentencias que se citan, singularmente la de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/2012), que se refiere a otra



anterior de 20 de enero de 2014, las cuales contienen una doctrina sustancialmente igual a la anteriormente expresada.

La sentencia núm. 67/2017 de 2 febrero formula doctrina que resulta adecuada al caso ahora enjuiciado, al decir que

«La Audiencia tampoco afirma que se hiciera un estudio previo del perfil inversor del cliente, o que se considerase si la inversión en participaciones preferentes era adecuada a dicho perfil. Y en cuanto al posible conocimiento previo del producto por parte del cliente, aparte de que se olvida que el deber de información compete a la entidad financiera y es un deber activo, no de mera disponibilidad, la contratación anterior de otro producto similar, sin que conste que en su momento se ofreciera al cliente información suficiente y adecuada, no permite descartar la existencia de error en el consentimiento»

#### **Costas**

**QUINTO.-** La desestimación del recurso por infracción procesal comporta la condena en costas a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido ( artículo 394 CC). La estimación del recurso de casación da lugar a que no se impongan las costas causadas por el mismo y se devuelva a la parte recurrente el depósito correspondiente al mismo ( artículo 394 CC). Las costas de la apelación se imponen a Banco Bilbao Vizcaya S.A., por cuanto su recurso debió ser desestimado.

#### **FALLO**

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

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Jon contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 3.ª), en fecha 27 de abril de 2015, en el recurso de apelación núm. 3405/2014.

**2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por dicho recurrente contra la citada sentencia, que casamos y dejamos sin efecto.

**3.º-** Confirmar la sentencia dictada en primera instancia.

**4.º-** Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por su recurso por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido.

**5.º-** Condenar a Banco Bilbao Vizcaya S.A. al pago de las costas causadas por su recurso de apelación.

**6.º-** No hacer especial pronunciamiento sobre costas causadas por el recurso de casación, con devolución a la parte recurrente del depósito constituido.

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.