



Roj: **STS 128/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:128**

Id Cendoj: **28079110012019100040**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **2426/2016**

Nº de Resolución: **51/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1181/2016,**  
**STS 128/2019,**  
**AATS 4411/2019,**  
**AATS 2202/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 51/2019**

Fecha de sentencia: 24/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2426/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BILBAO SECCION N.º 3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2426/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 51/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 24 de enero de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 186/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 713/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Bilbao.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander, S.A.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador don Santiago Tesorero Díaz, bajo la dirección letrada de Arcadi Sala-Planell Esqué, en representación de Viferín, S.L.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los tribunales doña Ana Rosa Álvarez Sánchez, en nombre y representación de Viferín, S.L, interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de una acción de nulidad contractual por error en el consentimiento y/o subsidiariamente resolución contractual por incumplimiento de normas imperativas en la contratación del producto litigioso, contra Banco Santander, S.A., suplicando al Juzgado:

"1.º la nulidad por error en el consentimiento prestado del contrato referenciado de la compra de las "Aportaciones Financieras Subordinadas Fagor" en fecha 19 de julio de 2006, así como del Contrato de Depósito y administración de valores (caso de que se diese su existencia), y de las liquidaciones que se hayan producido entre las partes.

"Y/o subsidiariamente,

"2.º la resolución contractual del anterior contrato, por incumplimiento de normas imperativas del contrato de autos, acorde con el Art. 6.3. CC en relación con el Artículo 1.101 CC (negligencia de la entidad) o subsidiariamente el 1.124 CC (incumplimiento de sus deberes) en relación con todas las normas de información, diligencia y transparencia que exigen las buenas prácticas bancarias y la normativa relacionada en el cuerpo del presente escrito, por incumplimiento de sus obligaciones, así como buena fe contractual, debiendo la demandada indemnizar a la demandante por los correspondientes daños y perjuicios ocasionados, en la cuantía que se concreta en el importe de la inversión, minorada en las cuantías recibidas, y todo ello con los intereses legales desde la suscripción del producto.

"3º) En cualquiera de los dos casos anteriores, la entidad deberá restituir a la demandante, tanto en cumplimiento del Artículo 1.303 CC en caso de nulidad, como en el caso de indemnización de daños y perjuicios, la cuantía total de cuatrocientos noventa y ocho mil quinientos euros (498.500.- euros), más el interés legal desde el momento de la suscripción del producto, esto es, 19 de julio de 2006, dado los perjuicios acreditados, o subsidiariamente desde el momento de interposición judicial. Cuantía minorada en las cantidades que la actora hubiese percibido en concepto de cupones.

"Y asimismo los costes y gastos ocasionados por la custodia y administración de los mentados valores, que a la presente fecha ascienden a veinticinco mil treinta y tres euros con quince céntimos (25.033,15.- euros), más los que se sigan devengando con posterioridad a la demanda, y que se calcularan en el momento oportuno.

"4º) Finalmente, de forma acumulativa a las anteriores peticiones suplica se condene expresamente en costas a la parte demandada, en virtud de los Artículos 394 y siguientes de la LEC, dada la mala fe en la comercialización de un producto de tales características, y por los graves perjuicios causados."

2.- Admitida a trámite la demanda mediante decreto, se acordó emplazar a la demandada para contestar.

3.- El procurador de los tribunales don Rafael Eguidazu Buerba, en nombre y representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

[...] dicte sentencia por la que, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos de la demanda, desestime íntegramente con expresa imposición de costas a la parte actora."



4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Bilbao dictó sentencia el 18 de diciembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimando totalmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Álvarez Sánchez, en nombre de Viferin S.L., contra Banco Santander S.A., no ha lugar a efectuar las declaraciones ni las condenas solicitadas en la demanda.

"Impongo las costas causadas en esta instancia a la parte demandante."

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

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Viferin, S.L., correspondiendo su resolución a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Bizcaia que dictó sentencia el 2 de junio de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Viferin, S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Bilbao en autos de Procedimiento Ordinario 713/2014 de fecha 18 de Diciembre de 2015, debemos revocar como revocamos dicha Sentencia y dictar otra en su lugar por la que estimando la demanda interpuesta por Viferin, S.L. contra Banco Santander se declara la nulidad por vicio del consentimiento de la contratación relativa a la adquisición de las AFS por parte de Viferin,S.L. y se condena a Banco Santander a abonar a la demandante Viferin, S.L. el importe que destinó a la adquisición de las AFS (actualizado con el interés legal del dinero desde que se entregó y los gastos que se le suscribieron por la adquisición). Viferin, S.L. entregará a la demandada Banco Santander las AFS de Fagor, y las cantidades que con motivo de aquellas hubiere abonado al actor actualizadas con el interés legal del dinero desde que se recibieron.

"En cuanto a las costas, se impondrán a la parte demandada las devengadas en primera instancia y sin expresa imposición de las devengadas en esta alzada.

"Devuélvase a Viferin, S.L. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución."

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.*

1.- Contra la sentencia dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Bizcaia, interpuso sendos recursos por infracción procesal y de casación la representación procesal de Banco Santander, S.A., con base en los siguientes motivos:

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

Se formula en un único motivo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , y se denuncia la valoración arbitraria, ilógica e irrazonable de la prueba que vulnera el derecho a la tutela judicial consagrado en el art. 24 CE .

**Recurso de casación:**

Motivo primero se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC , y en la oposición a la doctrina jurisprudencial que los interpreta ( sentencias de 20 de enero de 2014 , 30 de junio de 2015 y 16 de febrero de 2016 ), pues la sentencia recurrida equipara el incumplimiento de los deberes de información a un error invalidante del consentimiento.

Motivo segundo se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC , y en la oposición a la doctrina jurisprudencial que los interpreta ( sentencias de 20 de enero de 2014 y 12 de enero de 2015 ), pues la sentencia recurrida atribuye eficacia invalidante a un error que no reúne los requisitos de esencialidad y excusabilidad exigidos.

2.- La sala dictó auto el 19 de septiembre de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1.º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 3.ª) en el rollo de apelación n.º 186/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 713/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Bilbao.

"2.º Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría."

3.- La representación procesal de Viferin, S.L., manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 12 de diciembre de 2018 en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

**1.-** Viferim, S.L, suscribió el 19 de julio de 2006 un contrato de compra de las "Aportaciones Financieras Subordinadas Fagor".

Interpuso demanda contra Banco Santander, S.A., hoy recurrente, por lo que ejercitaba, con carácter principal, la acción de nulidad por error en el consentimiento en la contratación de aportaciones financieras subordinadas de Fagor y, subsidiariamente, la acción de resolución contractual.

**2.-** La sentencia de primera instancia desestimó la demanda tanto respecto a la nulidad del contrato como en cuanto a su resolución, por entender, en esencia, que no consta acreditado que no se informaba debidamente al cliente de la verdadera naturaleza del producto.

Considera que, aunque en la información facilitada bajo el título "Producto Rojo" se indica la posible pérdida de parte del capital, cuando puede ser la totalidad, y no se explica a que se refiere el apartado 3. iii cuando solo menciona su liquidez, no puede obviarse la formación, experiencia y posibilidades de conocimiento de las características del producto de la sociedad demandante.

Don Juan Francisco es licenciado en Empresariales desde el año 1985, con formación académica y actividad profesional para entender la información que se le suministraba, y para leer por sí mismo la documentación.

Había sido, incluso, administrador concursal y es relevante que sabía que el rendimiento del producto dependía de lo que pasara con Fagor.

**3.-** La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección tercera de la Audiencia Provincial de Bizcaia, que dictó sentencia el 2 de julio de 2016 por la que estimó el recurso y declaró la nulidad del contrato por vicio del consentimiento.

La Audiencia razona que no puede darse por probado que el Banco Santander diera una información suficiente a la empresa demandante para que ésta diera un consentimiento válido; no siendo suficiente la entrega de una documental estándar donde se insertan condiciones generales insuficientes para que potenciales clientes adopten sus decisiones de forma reflexiva. Esta documental lleva a la consideración de que tal información es incompleta y poco exacta, que ha creado error en el contratante, no solventado por las cláusulas de salvaguarda (como estampación de firma en la orden de compra expresando que sabe y conoce las características del producto clasificado como rojo); lo que el Banco invoca para suplir la falta de acreditación de que cumplió con el deber de información que le es exigible.

Y respecto del perfil del actor, el hecho de haber sido, o ser, administrador de una sociedad, no le otorga per se el carácter de inversor, habiendo limitado sus inversiones en acciones, y por demás el haber realizado otras inversiones con posterioridad a junio de 2007 tampoco convierte al actor en un cliente experto.

**4.-** La entidad demandada interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, en los términos que luego se expondrán.

**5.-** La sala dictó auto el 19 de septiembre de 2018 por el que acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

La parte recurrida presentó escrito de formalización de la oposición a ambos recursos y, previamente, alegó causas de inadmisibilidad de los recursos, sobre los que la sala se pronunciará al decidir sobre ellos.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

#### **SEGUNDO.-** *Motivo único.*

Se formula al amparo del arts. 469.1.4.º LEC , y se denuncia la valoración arbitraria, ilógica e irrazonable de la prueba que vulnera el derecho a la tutela judicial consagrado en el art. 24 CE .

En el desarrollo del motivo funda la recurrente tal arbitrariedad en la premisa fáctica de la sentencia de que el Banco Santander no había facilitado a Viferim información bastante de las características y riesgos de la inversión litigiosa.

Acude en apoyo de su pretensión, para sostener lo contrario, al interrogatorio de parte y a la prueba documental, de los que se infiere el perfil del cliente informado y el contenido del contrato del que es informado.

La recurrente añade también, para descalificar la valoración de la prueba por el tribunal de instancia, la errónea valoración que hace de la prueba testifical.

**TERCERO.- Decisión de la sala.**

El recurso adolece en la formulación de defectos que podrían suponer su inadmisión, pues no solo se estructura como si fuese un escrito de alegaciones, sino que a ello se suma que acumula en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes medios de prueba.

No obstante vamos a ofrecer respuesta para motivar que, además, procede su desestimación.

La sentencia 11/2017, de 13 de enero, afirma que "entrar en ámbito del recurso de casación la valoración jurídica de los hechos a efectos de decidir sobre la existencia de error y su carácter sustancial y excusable. Por tanto no puede aceptarse que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser confirmada porque ha declarado probada la existencia de información y la capacidad de los demandantes (de su representante) para entenderla en tanto que empresario de cierta importancia". "La valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y de la capacidad del representante de los demandantes para entenderla, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación".

Por tanto, sensu contrario, no puede ser objeto del recurso extraordinario por infracción procesal la revisión del enjuiciamiento de carácter jurídico, inferido del material fáctico obtenido de las pruebas practicadas.

No existe error patente ni respecto del perfil del contratante informado, Sr. Juan Francisco, ni sobre el contenido de la cláusula sobre la advertencia de los riesgos de la inversión.

Lo que existe es una divergencia por parte de la recurrente sobre las valoraciones jurídicas que la sentencia recurrida extrae de tales datos fácticos, y que, en esencia, es la *ratio decidendi* de ella.

De ahí, que el motivo deba desestimarse.

**Recurso de casación.****CUARTO.- El recurso de casación contiene dos motivos:**

El motivo primero se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, y en la oposición a la doctrina jurisprudencial que los interpreta (sentencias de 20 de enero de 2014, 30 de junio de 2015 y 16 de febrero de 2016), pues la sentencia recurrida equipara el incumplimiento de los deberes de información a un error invalidante del consentimiento.

El motivo segundo se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, y en la oposición a la doctrina jurisprudencial que los interpreta (sentencias de 20 de enero de 2014 y 12 de enero de 2015), pues la sentencia recurrida atribuye eficacia invalidante a un error que no reúne los requisitos de esencialidad y excusabilidad exigidos.

**QUINTO.- Decisión de la sala.**

La estrecha relación que tienen entre sí ambos motivos justifica que se enjuicien conjuntamente, como autoriza la doctrina de la sala.

1.- Aunque referido a contratos de swap viene afirmando esta sala (sentencia 195/2016, de 29 de marzo, con cita de otras anteriores; 11/2017, de 13 de enero, y 132/2017, de 27 de febrero) que "no cabe entender suplida el deber de información por el contenido del propio contrato."

Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencias 692/2015, de 10 de diciembre, y 195/2016, de 29 de marzo).

Hemos afirmado la ineficacia de menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (sentencia 11/2017 de 13 de enero).

Es precisa una información clara y terminante al cliente, por parte del banco, de los riesgos de la operación, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en el contrato litigioso.

2.- Consecuencia de estos deberes de información y de que existe una asimetría informativa entre las entidades financieras y el cliente, es que deviene relevante el perfil de éste.

No basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.



Por tratarse de una empresa que contrae préstamos, con o sin garantía hipotecaria, o concierta contratos de leasing, no puede presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria compleja.

Por idénticos motivos de cualificación para negociar esta clase de productos, se ha excluido el carácter excusable del error aún interviniendo un asesor fiscal ( sentencia 496/2016, de 15 de julio , 579/2016, de 30 de octubre, y 11/2017, de 13 de enero).

**3.-** A partir de esos criterios doctrinales en los que la sentencia recurrida funda su decisión, conviene descender al supuesto enjuiciado para, a partir de la naturaleza del contrato concertado, ponderar si la información que se ofrecía en él era clara en función del perfil del cliente.

Se ha de puntualizar que para la sentencia 474/2016, de 23 de junio , que reitera la sentencia 323/2015, de 30 de junio , "lo relevante para decidir sobre la acción de nulidad contractual por error vicio no es enjuiciar si el banco cumplió todos los requisitos que le impone la normativa bancaria y sobre el mercado de valores ni pronunciarse sobre si esta normativa imperativa fue correctamente observada por el banco, puesto que como ya ha declarado esta sala, lo que determina la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio no es el incumplimiento de la normativa sobre el mercado de valores por parte de la empresa del mercado de inversión, sino si ese incumplimiento ha determinado la existencia de un error sustancial en el cliente, sobre la naturaleza o los riesgos del producto que contrataba, que en tal caso ha de considerarse error excusable. Y si bien el incumplimiento de esa normativa permite presumir la existencia de error vicio en el cliente minorista o, al menos, en el cliente no experto, esa presunción puede ser desvirtuada si existe prueba de que el cliente pudo hacerse una idea correcta de la naturaleza y los riesgos del producto que contrataba".

No es que el incumplimiento de los deberes de información determine por sí la existencia de ese error vicio, sino que permite presumirlo ( sentencia 560/2015 de 28 de octubre ).

Por tanto tal presunción admite prueba en contrario.

**4.-** Precisamente esa prueba en contrario es la que se declaró por la sala, en contratos idénticos al presente, en las sentencias 278/2018, de 16 de mayo , y 312/2018, de 28 de mayo .

En el anexo denominado "Producto Rojo", firmado por el cliente, consta en el ordinal tercero la siguiente declaración:

"Comprendo el producto y sus características y, en particular, que el producto implica riesgo relevante respecto a (i) amortización anticipada por parte de emisor (ii) la posible pérdida de parte del capital invertido; (iii) su liquidez (iv) que no se produzca pago en efectivo de los intereses."

De tal contenido se infiere que "dicho documento resaltaba, de un modo sencillo y directo, los posibles riesgos que comportaba para el cliente la adquisición de las referidas aportaciones financieras subordinadas del Grupo Fagor. Por lo que, en el presente caso, debe concluirse que la cliente, por medio del citado anexo, fue informada de los riesgos específicos del producto financiero que adquiría."

Téngase en cuenta que su cualificación académica y experiencia profesional sí es relevante como para que entendiéndose y valorándose los riesgos que, de modo directo y sencillo, se contenían en el anexo.

**SEXTO.-** Como consecuencia de la estimación del recurso de casación, procede casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

De conformidad con lo que prevé los artículos 394.1 y 398.1 LEC , se impone a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las del recurso de casación.

Se condena a la parte apelante a las costas causadas en el recurso de apelación.

## 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 Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 186/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 713/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Bilbao.

**2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Santander, S.A.

**3.º-** Casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación, confirmar la sentencia de primera instancia, cuya firmeza se declara.



4.º- Se impone a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal

5.º- No se imponen las costas del recurso de casación.

6.º- Se condena a la parte apelante a las costas del 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ