



Roj: **STS 760/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:760**

Id Cendoj: **28079110012019100141**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2019**

Nº de Recurso: **2165/2016**

Nº de Resolución: **146/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 822/2016,**  
**STS 760/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 146/2019**

Fecha de sentencia: 12/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2165/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 3.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2165/2016

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 146/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 12 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. 121/16 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 749/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Bilbao, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. Germán Ors Simón en nombre y representación de Banco Santander S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Eduardo Codes Feijóo en calidad de recurrente y el procurador D. Santiago Tesorero Díaz en nombre y representación de Archanda Plantas Industriales S.L., en calidad de recurrido.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La procuradora D.ª Ana Rosa Álvarez Sánchez en nombre y representación de Archanda Plantas Industriales S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Santander S.A., bajo la dirección letrada de D. Arcadi Sala-Planell Esqué y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"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 mi representada 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.

"3.º) En cualquiera de los dos casos anteriores, la entidad deberá restituir a mi mandante, 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 NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL EUROS (996.475.-Euros), más el interés legal des del momento de la suscripción del producto (19 de julio de 2006), dado el perjuicio acreditado en la presente demanda, o subsidiariamente desde el momento de interpelación judicial. Cuantía minorada en las cantidades que la actora hubiese percibido en concepto de cupones.

"Y asimismo los costes y gastos ocasionados por custodia y administración de los mentados valores que a la presente fecha ascienden a la cuantía de TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (37.267,72 euros) más los que se sigan devengando, y que en todo caso se calcularan en el momento de ejecución de sentencia.

"4.º) Finalmente, de forma cumulativa a las anteriores peticiones suplicamos 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 a mi representado, y por los graves perjuicios causados".

**SEGUNDO** .- El procurador D. Germán Ors Simón, en nombre y representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. David Fernández de Retana Gorostizagoiza y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"desestime íntegramente las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora".

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 9 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Desestimo íntegramente la demanda deducida por la representación procesal de Archanda Plantas Industriales S.L. contra Banco Santander y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, con imposición de costas a la actora".



**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil Archanda Plantas Industriales S.L., la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia con fecha 28 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Archanda Plantas Industriales S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de los de Bilbao, en autos de procedimiento ordinario 749/2014 de fecha 9 de octubre de 2015, debemos revocar como revocamos dicha sentencia y dictar otra en su lugar por la que estimando la demanda interpuesta por Archanda Plantas Industriales 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 Archanda Plantas Industriales S.L. y se condena a Banco Santander a abonar a la demandante Archanda Plantas Industriales S.L. el importe se 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). Archanda Plantas Industriales 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".

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación y recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de Banco Santander S.A., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en un único motivo: Art. 469.1.4.º LEC , 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 . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Art. 477.1 LEC , se denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y la jurisprudencia que lo interpreta. Segundo.- Art. 477.1 LEC , se denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta.

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 14 de noviembre de 2018 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Santiago Tesorero Díaz, en nombre y representación de Archanda Plantas Industriales S.L. (en adelante, Archanda), 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 13 de febrero del 2019, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad por error vicio en el consentimiento prestado para la adquisición de aportaciones financieras subordinadas del grupo Fagor.
2. En síntesis, el 19 de julio de 2006, la entidad Archanda Plantas Industriales S.L., suscribió una orden de adquisición de las citadas aportaciones por un importe de 996.475 €. Dicha adquisición fue comercializada por el Banco Santander S.A.
3. En lo que aquí interesa, hay que destacar que entre la documentación suscrita por el cliente el mismo día de la operación, esto es, el 19 de julio de 2006, consta un anexo denominado "Producto Rojo" que en su ordinal 3.º contiene la siguiente declaración del cliente:

"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".

4. Archanda Plantas Industriales S.L. formuló una demanda contra Banco Santander S.A. en la que, entre otros extremos, solicitaba que se declarase la nulidad por error vicio del contrato de adquisición de las referidas aportaciones financieras subordinadas del grupo Fagor, con la consiguiente restitución de la inversión realizada descontadas las cantidades cobradas en concepto de cupones del producto financiero.

La entidad financiera se opuso a la demanda.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

6. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia lo estimó y revocó la sentencia de primera instancia, con la consiguiente estimación de la demanda.



En lo que aquí interesa, conforme a la prueba practicada, consideró que la entidad financiera no había facilitado al cliente, con carácter previo a la celebración del contrato y con la suficiente antelación, la información correcta acerca de la naturaleza del producto y de sus riesgos asociados. En este sentido, declaró:

"[...]Por tanto, aunque se entendiera que la firma de dichas cláusulas conllevan un indicio de que la información se dio, ello se debe corroborar con otros medios de prueba; y que en el presente caso son inexistentes, la empleada afirma que se le entregó la documentación con información detallada, pero que se ha razonado que los actos coetáneos contradicen tal afirmación; y que es un hecho reconocido que fue la entidad demandada la que ofertó a la parte actora el producto. Por otra parte, a ello se suma que las referidas cláusulas son suscritas al formalizar la orden de suscripción de lo que por simple lógica se deduce que la parte actora no contó con antelación suficiente para analizar las mismas ni su contenido. Se añade, igualmente, que el supuesto folleto informativo al que se hace referencia por la entidad, doc. n.º 3 no consta con firma alguna, y que los documentos suscritos si se examina su contenido y en los que se basa la sentencia en ningún momento suponen, no ya una información precontractual cuya prueba es inexistente en el presente procedimiento, sino contractual, en tanto que en ningún momento se especifica la verdadera naturaleza y riesgos del producto, así la Orden de suscripción".

7. Frente a la sentencia de apelación, el demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.- 1.** El demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en un único motivo.

2. En dicho motivo, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.2 LEC , se denuncia la valoración arbitraria, ilógica e irrazonable de la prueba que vulnera el derecho a la tutela judicial del art. 24 CE .

En el desarrollo del motivo el recurrente argumenta que la sentencia recurrida ha incurrido en arbitrariedad a lo largo de la prueba practicada, tanto en el interrogatorio de parte, como en la valoración de la prueba documental y la testifical.

3. El motivo debe ser desestimado. El recurrente pretende una nueva valoración de la prueba practicada que resulta improcedente ( art. 473.2 LEC ).

En todo caso, no hay prueba que desvirtúe la presunción de que la entidad financiera no facilitó la información precontractual con la debida antelación al cliente, pues el citado anexo con el denominado "Producto Rojo" fue suscrito en unidad de acto en el mismo momento de la suscripción por el cliente de las referidas aportaciones.

Recurso de casación

**TERCERO.-** *Comercialización de productos financieros complejos. Participaciones financieras subordinadas del grupo Fagor. Anexo denominado "Producto rojo". Nulidad por error vicio en el consentimiento prestado.*

1. El demandado, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo el recurrente denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y de la jurisprudencia que los interpreta, ( SSTS de 20 de enero de 2014 ; 30 de junio de 2005 y 16 de febrero de 2016 ). Alega que la sentencia recurrida equipara incorrectamente el incumplimiento de los deberes de información a un error invalidante del consentimiento contractual.

3. En el motivo segundo, el recurrente reitera la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y de la jurisprudencia que los interpreta ( SSTS de 20 de enero de 2014 y 12 de enero de 2015 ). Alega que la sentencia recurrida atribuye una eficacia invalidante a un error que no reúne los requisitos de esencialidad y excusabilidad exigidos, pues el resultado de la inversión no es un elemento esencial en un contrato aleatorio. Argumenta que en la documentación facilitada al cliente se contemplaba con claridad las características y riesgos del producto.

4. Dada la conexión de ambos motivos se procede a su examen conjunto.

5. Los motivos deben ser desestimados. Como 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, entre otras, 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 .



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 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.

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.

6. En el presente caso, la sentencia recurrida no se aparta de la jurisprudencia expuesta, pues considera acreditado que la entidad financiera no informó adecuadamente al cliente de la naturaleza y riesgos del producto financiero que ofertaba, y que dicho déficit de información comportó un error vicio en el consentimiento prestado respecto de los riesgos asumidos al contratar el producto financiero.

Esta conclusión no resulta objetada por la suscripción por el cliente del referido anexo denominado "Producto rojo". La información contenida en dicho documento, sumaria, pero completa y clarificadora, ha sido considerada suficiente por esta sala en algunos casos precedentes (por ejemplo, sentencias 245/2017, de 20 de abril ; 278/2018, de 16 de mayo y 312/2018, de 28 de mayo ). Sin embargo, para que esta información resulte eficaz debe ofrecerse con antelación suficiente, pues como hemos señalado en múltiples resoluciones el debido asesoramiento al cliente no puede ser simultáneo a la contratación del producto financiero, sino con una antelación que permita la valoración de los riesgos asociados al mismo (entre otras, SSTS 584/2016, de 30 de septiembre y 103/2018, de 1 de marzo ). En el presente caso, este presupuesto no se da, pues la Audiencia considera acreditado que dicha información se ofreció en el mismo momento de la contratación del producto financiero.

#### **CUARTO.- Costas y depósitos**

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas de los mismos se impongan a la parte recurrente, según dispone el art. 398.1 LEC .
2. Asimismo, procede ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, 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 extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 28 de abril de 2016, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª, en el rollo de apelación núm. 121/2016 .
2. Imponer las costas de los recursos interpuestos a la parte recurrente.
3. Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos.

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

Así se acuerda y firma.