



Roj: **STS 3956/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3956**

Id Cendoj: **28079110012018100645**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2018**

Nº de Recurso: **3132/2015**

Nº de Resolución: **660/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Sección 4ª, 26-06-2015 (rec. 713/2014),
STS 3956/2018,
AATS 5118/2019**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 660/2018

Fecha de sentencia: 22/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3132/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/09/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª

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

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3132/2015

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 660/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 22 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 713/2014 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1373/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D.ª Miriam Sagnier Valiente en nombre y representación de Santiago, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora D.ª Maravillas Briales Rute en calidad de recurrente y el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Miriam Sagnier Valiente en nombre y representación de D.ª Santiago, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Catalunya Banc S.A., bajo la dirección letrada de D. David Martí Sánchez y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"estimando íntegramente la demanda y que:

"1) Se declare la nulidad del Contrato denominado "Orden de Participaciones Preferentes" suscrito, en fecha 29 de marzo de 2011 y acompañado a esta Demanda, como DOCUMENTO No 4, por razón de contener cláusulas abusivas y haber sido suscrito dicho Contrato por parte del Cliente con la voluntad y su consentimiento viciados, además de adolecer el mismo de causa alguna.

"2) Se restituya a Doña Santiago, como consecuencia de la estimación de la petición contenida en el precedente Apartado 1) de este Suplico, a su estado anterior a la firma del Contratado descrito en el precitado Apartado 1) de este Suplico, condenándose a su vez a CATALUNYA BANC S.A. a restituir las cantidades percibidas indebidamente, junto a sus intereses y frutos, descontándose de dicho importe total que por principal se reclama las cantidades que ya se hubieran percibido en su caso, por esta parte, según el importe que se fije en Sentencia o, en su caso, en trámite de ejecución de Sentencia.

"3) Se condene a CATALUNYA BANC S.A. al pago a Doña Santiago de los intereses moratorios generados por la deuda reclamada en la presente litis, así como al pago de las costas devengadas en el presente procedimiento, por manifiesta mala fe y temeridad de la demandada".

SEGUNDO.- El procurador don Ignacio de Anzizu Pigem, en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Ignasi Fernández de Senespleda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"Desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora".

TERCERO.- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Sra. Sagnier Valiente, en representación de doña Santiago, contra la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.", DECLARO LA NULIDAD de los siguientes contratos:

"a.-) Orden de compra de participaciones preferentes, suscrita por D. Leon con la entidad "CATALUNYA CAIXA" en fecha 29 de marzo de 2011, con un valor total nominal de 20.000,00 euros (doc. nº 4 de los acompañados a la demanda).

"b.-) Aceptación de oferta de adquisición de acciones, suscrita por la demandante en fecha 8 de julio de 2013, con un valor total efectivo de 6.657,17 euros (doc. nº 4 de los acompañados a la contestación a la demanda).

"En consecuencia, CONDENO a la entidad "CATALUNYA BANC, S.A." a abonar a la actora la cantidad de veinte mil euros (20.000,00 €), más los intereses legales desde la fecha del cargo en la cuenta de D. Leon de la orden de suscripción de participaciones preferentes. No obstante, dicha condena dineraria estará condicionada al reembolso por la actora o su causante de todas las cantidades netas percibidas como rendimientos e intereses derivados de los contratos a los que se refiere este proceso, incluyendo los 6.657,17 euros a los que se refiere



el contrato de 8 de julio de 2013, también con el incremento de los intereses legales desde las fechas de abono en la cuenta del cliente.

"A la cantidad objeto de condena le serán de aplicación los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"Todo ello debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la Catalunya Banc S.A., la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 26 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc S.A. y, por tanto, rechazando la impugnación de D.ª Santiago, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 30 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario 1373/2013, de fecha 19 de septiembre de 2014, debemos revocar dicha resolución y desestimando la demanda, debemos absolver a Catalunya Banc S.A. de la misma, con imposición a la actora de las costas de la 1.ª Instancia y sin que se efectúe expresa imposición de las de esta alzada.

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación y recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de D.ª Santiago, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 469.1.4.º LEC, concretada en la vulneración del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, al incurrir la sentencia en error patente y notorio e incurrir en arbitrariedad en la apreciación y valoración de la prueba, así como infracción del artículo 217 de la LEC sobre carga de la prueba. Segundo.- Artículo 469.1.2.ª LEC, se alega la infracción del art. 218 LEC, denunciando la falta de pronunciamiento sobre alguno de los motivos del recurso y, por tanto, de incongruencia omisiva de la resolución, en tanto no resuelve sobre los motivos de impugnación a la sentencia de primera instancia formulados en tiempo y forma por la demandante Sra. Leon.

El recurso de casación lo argumentó con arreglo a un único motivo: Artículo 477.2.3.º LEC (interés casacional), por oposición de los pronunciamientos de las sentencias de la sala primera del Tribunal Supremo relativas a deber de información a clientes de entidades financieras y/o crediticias (infracción del artículo 79. bis de la Ley 24/1988, de 24 de julio, del mercado de valores, y artículo 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo); y la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (infracción de los artículos 1261, 1265 y 1266, todos ellos del Código Civil).

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 17 de enero de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya 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 19 de septiembre del 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. De los antecedentes acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes:

I) El 29 de marzo de 2011, D. Leon, cliente de Catalunya Caixa (posteriormente Catalunya Banc S.A., y en la actualidad BBVA S.A.), suscribió con dicha entidad una imposición a término por un importe de 60.000 €, con vencimiento en marzo de 2012.

II) La entidad bancaria ofertó un producto financiero complejo, participaciones preferentes por importe de 20.000 €, que impuso como condición para elevar el interés de la imposición del plazo fijo que solicitó el cliente.

III) No hay constancia de que se entregara al cliente el folleto informativo acerca de las características y riesgos del producto ofertado.

IV) La entidad bancaria no realizó el test de idoneidad al cliente.

V) Ambos contratos, la imposición a plazo fijo y la orden de compra de las participaciones preferentes, se realizaron en la misma fecha y en unidad de acto.

VI) Aunque el cliente, entre otros estudios, contaba con la licenciatura en económicas, nunca ejerció la actividad de economista, dedicándose al urbanismo y a la arquitectura.



VII) Con anterioridad en la presente *litis* el cliente no había contratado la adquisición de participaciones preferentes de esa entidad, y de ninguna otra entidad bancaria o empresa.

VIII) El 7 de junio de 2013, conforme con el mandato previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, emitió una resolución por la que se acordó la conversión en acciones de Catalunya Banc S.A. de todas las participaciones preferentes de la entidad.

IX) El 8 de julio de 2013, D.^a Santiago , hija y sucesora procesal del demandante, procedió a la venta de las acciones por un importe de 6.657,17 €.

X) El 26 de noviembre de 2013, D.^a Santiago interpuso una demanda contra Catalunya Banc S.A. en la que solicitaba que se declarase la nulidad de la adquisición de participaciones preferentes por haber sido suscrita con error vicio en el consentimiento prestado, con la consiguiente restitución de la inversión perdida, más los intereses legales.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

2. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Consideró que la entidad bancaria no había cumplido con sus deberes de información acerca de la naturaleza y riesgos del producto financiero complejo ofertado, por lo que declaró la nulidad de la suscripción realizada y extendió sus efectos al posterior canje obligatorio y venta de acciones. Como consecuencia de la nulidad declaró la obligación de la demandada de restituir a la demandante el importe no recuperado de la inversión tras el canje y la venta de acciones, con la consiguiente detracción de las cantidades percibidas en concepto de rendimientos del producto, más los intereses desde la fecha de su cobro.

3. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, e impugnación por la demandante, la Audiencia estimó el recurso de apelación y desestimó la impugnación de la sentencia recurrida y, en consecuencia, desestimó la demanda interpuesta. En síntesis, declaró lo siguiente:

"Pues bien, consideramos que en atención a la índole personal del contratante no se dio el error, ni sería excusable, por una suma de factores, que si bien aislados, podrían no ser determinantes, sí en su conjunto. Y es que el Sr. Leon , firmó el correspondiente test de conveniencia, y la firma aparece después de constar que tiene un nivel de conocimiento avanzado, resaltado en negrita y en mayúsculas, con resultado positivo en cuanto a inversiones precedentes próximas, con riesgo de capital y rentabilidad; en la suscripción del fondo, el interés nominal aparece claramente vinculado a la compra de las preferentes, y ello es en 2011, cuando ya se había escrito mucho sobre las mismas, y se habla de afectados masivamente por las preferentes; en el doc. 4 se señala el perfil del producto, agresivo, y se define, y lo que es trascendente, aun cuando su exitosa vida laboral fuera en el campo del Urbanismo, consta también su formación de "economista", con lo cual es un hecho que disponía de capacidad suficiente para conocer el alcance del producto financiero que contrataba por sí mismo, y de hecho es la titulación con la que comparecen los peritos en los numerosos pleitos que se han interpuesto con fundamento en estos contratos".

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- 1. La demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en dos motivos.

En el motivo primero, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción del art. 24 CE al incurrir la sentencia recurrida en un error patente y notorio y en arbitrariedad en la apreciación y valoración de la prueba.

En el desarrollo del motivo justifica dicha infracción en cuanto la sentencia recurrida presume un conocimiento financiero por parte del cliente basado en su licenciatura de económicas, para concluir que estaba en condiciones de conocer el producto financiero que adquirió.

2. El motivo debe ser desestimado. La cuestión de la calificación del perfil del cliente constituye una valoración de índole sustantiva, ajena a la naturaleza y función de este recurso extraordinario (art. 473.2.1 LEC, en relación con el art. 469.1 LEC).

3. En el segundo motivo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, la recurrente denuncia la infracción del art. 218 LEC, por incongruencia omisiva de la sentencia recurrida.



En el desarrollo del motivo concreta dicha incongruencia en que la sentencia recurrida no se pronuncia sobre los efectos restitutorios de la nulidad de la orden de compra de las participaciones preferentes, y sobre la no imposición de las costas en primera instancia.

4. El motivo debe ser desestimado por carencia de fundamento. Desde el momento en que la sentencia recurrida estima el recurso de apelación desestima la demanda interpuesta y las pretensiones sustentadas en la misma. En efecto, al considerar que no hubo error en la prestación del consentimiento la sentencia recurrida confirma la validez del contrato y, por tanto, la improcedencia de restitución alguna.

Recurso de casación

TERCERO.- Adquisición de participaciones preferentes. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por oposición a la jurisprudencia de esta sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción de los arts. 1261, 1265 y 1266 CC, así como de los arts. 79 bis LMV y 5 del Anexo al RD 629/93 de 3 de mayo.

En el desarrollo del motivo argumenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala sobre los especiales deberes de información de las entidades financieras y la incidencia de esta falta de información en la formación del error a la hora de contratar.

Cita numerosa jurisprudencia de esta sala, entre otras, las sentencias de 18 de abril de 2013, 20 de enero de 2014 y 30 de junio de 2015, y solicita que, tras la estimación del recurso de casación, sea confirmada la sentencia de primera instancia.

2. El motivo debe ser estimado. En cuanto al error vicio del consentimiento, hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, que 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, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, 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.- En este caso, no consta que se informara al cliente sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que la orden de compra fuera suficiente a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en el art. 79 bis LMV y en el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. Tampoco consta 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.

En efecto, en la orden de compra figuraba que se trataba de un producto "agresivo" y que estaba indicado para clientes dispuestos a "asumir disminuciones a corto plazo de la inversión y mayores volatilidades". Pero no se advertía del carácter perpetuo de la inversión, ni del riesgo en caso de insolvencia de la entidad emisora. Es más, el cliente aceptó dicha suscripción de participaciones preferentes porque la entidad bancaria la impuso como condición para elevar el interés del depósito a plazo fijo que había solicitado. No ha habido constancia de que la entidad bancaria facilitara al cliente, con antelación a la suscripción del contrato, la información previa de las características y riesgos del producto financiero complejo.

Por lo demás, el hecho de que el cliente contará con una licenciatura de económicas, actividad que nunca ejerció, no supone el carácter experto del mismo en la contratación de estos productos financieros complejos, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de estos productos es



la que corresponde a un profesional del mercado de valores o, al menos, a la de un cliente experimentado en este tipo de productos financieros complejos.

4. Como consecuencia de lo cual debe estimarse el recurso de casación, y al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada Catalunya Banc S.A., a fin de confirmar la sentencia de primera instancia en todos sus pronunciamientos, que son conformes con la jurisprudencia de esta sala.

5. Al asumir la instancia, debe desestimarse la impugnación de la sentencia de la Audiencia que realiza la demandante. En dicho escrito se sustenta la no aplicación de los intereses moratorios a los rendimientos percibidos por el cliente; pretensión que resulta contraria a la jurisprudencia reiterada de esta sala contenida, entre otras, en las sentencias 716/2016, de 30 de noviembre; 734/2016, de 20 de diciembre; 270/2017, de 4 de mayo; 434/2017, de 11 de julio; 561/2017, de 16 de octubre. En efecto, conforme a la doctrina jurisprudencial sobre restitución íntegra y recíproca como consecuencia de la nulidad declarada, lo que procede es que la entidad demandada devuelva al cliente el capital invertido en su integridad con los intereses legales correspondientes desde que le entregó el capital invertido. Por su parte, la parte demandante debe restituir las cantidades que percibió como rendimientos, más el interés legal devengado desde que se le practicaron cada una de las liquidaciones.

CUARTO.- Depósitos y costas

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que se le impongan sus costas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa imposición de las costas de dicho recurso, a tenor del art. 398.2 LEC.

3. La desestimación del recurso de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, comporta que se imponga a la parte apelante, Catalunya Banc S.A., las costas causadas, según previene el art. 398.1 LEC. A su vez, la desestimación del escrito de impugnación de la sentencia interpuesto por la demandante que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, comporta que se imponga a la demandante las costas de su escrito de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.

4. Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición 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 interpuesto por la representación procesal de D.ª Santiago contra la sentencia núm. 299/2015, de 26 de junio, dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 713/2014.

2. Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente contra dicha sentencia, que casamos y dejamos sin efecto.

3. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A. (actualmente BBVA S.A.) y el escrito de impugnación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 19 septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona en el juicio ordinario núm. 1373/2014, que se confirma.

4. Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.

5. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

6. Imponer las costas de apelación a la parte apelante y las costas de la impugnación a la parte demandante.

7. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres