



Roj: **STS 4244/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4244**

Id Cendoj: **28079110012014100535**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2014**

Nº de Recurso: **1443/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2682/2012,**  
**STS 4244/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Septiembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación núm. 1443/2012, interpuesto por D. Jose Miguel , representado ante esta Sala por la procuradora D.ª María Isabel Campillo García, contra la sentencia núm. 152/2012, de 28 de marzo, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación núm. 301/2011 , dimanante de las actuaciones de procedimiento ordinario núm. 29/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao. Ha sido recurrida la entidad "Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España", representada ante esta Sala por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque. D. Basilio , quien ha sido parte en los autos, no se encuentra personado ante esta Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La representación procesal de D. Jose Miguel , presentó en el Decanato de los Juzgados de Bilbao, con fecha 4 de enero de 2010, demanda de juicio ordinario contra D. Basilio y la mercantil "Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España, que, tras ser repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1, en el que fue registrada como procedimiento ordinario núm. 29/2010, cuyo suplico decía: « [...] dicte en su día Sentencia por la cual se declare que la operación de fecha 9 de enero de 2008 por la cual el Sr. Jose Miguel compró, a través del Banco Espirito Santo 60 "OBGS. Kaupthing Bank" por un importe total de 51.870,92 euros y la operación de fecha 25 de febrero de 2008 por la que el Sr. Jose Miguel adquirió, también a través del BES, 95"OBGS. Kaupthing Bank" por un importe total de 83.630,44 euros, son nulas de pleno derecho, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, abonando, solidariamente, a mi mandante el importe de ciento treinta y tres mil quinientos un euro con treinta y dos céntimos de euro (133.501,32 euros), intereses, y costas de la presente litis, o subsidiariamente, la cantidad de ciento veinte mil ciento cincuenta y un euros con dieciocho céntimos de euro (120.151,18 euros), intereses y costas .»

**SEGUNDO**.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado de la misma a los procuradores de los demandados, para su contestación.

La representación procesal de la entidad "Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España: «[...] contestó a la demanda y solicitó al Juzgado: « [...] dicte sentencia desestimatoria de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante .»

El procurador de D. Basilio , en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: « [...] estimada la falta de legitimación pasiva de mi representado, o los motivos de fondo, dicte sentencia por la que absuelva a Don Basilio , con imposición de costas al demandante, como expresamente solicito. »



**TERCERO.-** El magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao dictó la sentencia núm. 218/2010, de 19 de noviembre, con el siguiente fallo: « *Estimar la demanda formulada por la procuradora de los tribunales Dña. Arantzane Gorriñobeaskoa Etxebarria, en nombre y representación de D. Jose Miguel, y condenar a Banco Espirito Santo S.A. a abonarle la cantidad de 120.151,18 euros, su interés legal desde el 4 de enero de 2010 hasta hoy, devengando el global que resulte interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción del actor, y las costas si se hubiesen ocasionado. Desestimar la demanda interpuesta frente a D. Basilio con imposición de las costas causadas.* »

#### **Tramitación en segunda instancia**

**CUARTO.-** Las procuradoras de la mercantil y de D. Jose Miguel prepararon sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, siendo el último declarado desierto.

**QUINTO.-** La representante procesal de "Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España" formalizó el recurso de apelación preparado y solicitó al Juzgado: « [...] ordene remitir los autos a la Audiencia Provincial de Vizcaya para que, previos los trámites legales oportunos, ésta dicte sentencia por la que estime íntegramente el recurso de apelación y revoque el fallo de la sentencia impugnada, acordando en su lugar la desestimación de la demanda, con imposición de las costas de la primera instancia a la actora. »

**SEXTO.-** Del recurso de apelación interpuesto se ordenó dar traslado a la procuradora de D. Jose Miguel, quien, a la vista del mismo, presentó escrito en el que solicitó al Juzgado para ante la Audiencia Provincial: « [...] teniendo por presentada, en tiempo y forma, oposición al recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de este Juzgado de 19 de noviembre de 2010, dictando en su día, tras los trámites legales oportunos, otra que desestime el recurso en cuestión, con imposición de costas a la recurrente. »

**SÉPTIMO.-** La resolución del recurso de apelación interpuesto correspondió a la sección quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el núm. 29/2010 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 152/2012, de 28 de marzo, cuyo fallo disponía: « *Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Otalora Ariño, en nombre y representación de Banco Espirito Santo, S.A., contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2010 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao, en los autos de Juicio Ordinario nº 29/10 a que este rollo se refiere; debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, y en su lugar dictar otra por la que desestimando la demanda deducida por la procuradora Sra. Gorriñobeaskoa Etxebarria, en nombre y representación de D. Jose Miguel, contra Banco Espirito Santo, S.A., representado por la procuradora Sra. Otalora Ariño, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, con imposición al actor de las costas de la instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos en ella contenidos, y sin expresa imposición de las costas de esta alzada.* »

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación**

**OCTAVO.-** La procuradora de D. Jose Miguel interpuso, al amparo de los artículos 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso de casación contra la sentencia núm. 152/2012, de 28 de marzo, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, por entender vulnerados los artículos 1542, 1544 y 1583 del Código Civil, sobre arrendamiento de servicios, el artículo 1300 del Código Civil, sobre error, y, subsidiariamente, los artículos 1101 y 1104 del Código Civil, sobre culpa o negligencia en el desempeño de las obligaciones, los artículos 50 a 63 del Código de Comercio, sobre contratos mercantiles, los artículos 62 y siguientes de la Ley 24/1988, sobre el Mercado de Valores, relativos a las empresas de servicios de inversión, así como el artículo 78 bis de la misma Ley, que justifica que el recurrente tiene las características un inversor minorista, y los artículos 1, 2, 4, 5, 62 y 64 del Real Decreto 629/1993.

**NOVENO.-** La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personados el recurrente y la entidad "Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España", a través de los procuradores reseñados en el encabezamiento de esta resolución, se dictó auto de 22 de enero de 2013, cuya parte dispositiva decía: « *La Sala acuerda:*

» 1º) *Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Jose Miguel, contra la Sentencia dictada, con fecha 28 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Vizkaia (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 301/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 29/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao.*

» 2º) *Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría.* »



**DÉCIMO.-** El procurador de la entidad "Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España" se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario.

**UNDÉCIMO.-** Al no haber solicitado todas las partes personadas la celebración de vista, quedó el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

**DUODÉCIMO.-** Se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. D. **Rafael Saraza Jimena** y, teniendo en cuenta la materia a que se refiere la cuestión objeto de litigio, se acordó someter el presente recurso a votación y fallo del pleno de la Sala, señalándose para que éstos tuvieran lugar el 15 de julio de 2014.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Saraza Jimena**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- El hoy recurrente, D. Jose Miguel , presentó demanda contra "Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España" (en lo sucesivo, Banco Espirito Santo) y D. Basilio , director de una sucursal de Banco Espirito Santo en Bilbao en la que, resumidamente, alegaba ejercitar una acción de nulidad por error vicio del consentimiento y, subsidiariamente, de responsabilidad por incumplimiento contractual al no haberle informado adecuadamente del producto que le ofrecían, y solicitaba se declarara la nulidad de sendas operaciones de compra, a través de Banco Espirito Santo, de títulos emitidos por el banco islandés Kaupthing y se condenara a los demandados a la restitución de lo pagado por dichos títulos, o, subsidiariamente, a indemnizarle en el 90% de la inversión, en la previsión de que pudiera recuperar el 10% en el proceso de insolvencia del banco emisor.

2.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao consideró que no podía declarar la nulidad del contrato porque Banco Espirito Santo no vendió, sino que intermedió en la venta, y entró a analizar la acción de responsabilidad contractual, que estimó respecto de Banco Espirito Santo, cuya actuación consideró negligente, lo que determinaba la obligación de indemnizar daños y perjuicios, y la desestimó respecto de D. Basilio .

3.- La sentencia fue apelada por Banco Espirito Santo. La Audiencia Provincial de Vizcaya entendió que lo que causó el daño no fue el incumplimiento del contrato, por deficiente información, sino la insolvencia del banco islandés, que consideró nada tenía que ver con el defecto de información que se imputaba a Banco Espirito Santo, por lo que estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia, y desestimó plenamente la demanda.

4.- El demandante ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, al que se opuso Banco Espirito Santo.

### SEGUNDO.- Los graves defectos del recurso de casación determinan su desestimación

1.- El recurso de casación interpuesto por el demandante puede resumirse del siguiente modo:

(i) En un primer apartado se justifican de modo genérico los "requisitos de admisibilidad" del recurso (sentencia dictada en segunda instancia en la que existía infracción legal, aportación de certificación de la sentencia recurrida y del texto de sentencias alegadas como fundamento de interés casacional).

(ii) En el siguiente apartado se resumía el proceso seguido en primera y segunda instancia.

(iii) El tercer apartado se titulaba « *normas infringidas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso* ». En este apartado se citaban como infringidos los arts. 1542 , 1544 y 1583 del Código Civil , « *sobre el arrendamiento de servicios* », el artículo 1300 del Código Civil , « *sobre error, y, subsidiariamente, arts. 1101 y 1104 C.c sobre culpa o negligencia en el desempeño de las obligaciones* », los artículos 50 a 63 del Código de Comercio , « *sobre contratos mercantiles* », los artículos 62 y siguientes de la Ley 24/1988, sobre el Mercado de Valores que « *regulan las empresas de Servicios de Inversión. En especial el art. 64-2 menciona expresamente que una de las funciones que realizan estas empresas es "el asesoramiento sobre inversión"* », el artículo 78 bis de la misma Ley « *que justifica que mi mandante tiene las características un "inversor minorista"* », el Real Decreto 629/1993, cuyo anexo I transcribía, y el Real Decreto 217/2008, del que transcribía los arts. 62 y 64, así como los arts. 4 y 5 del Real Decreto 629/1993 « *que regulan el "Código General de Conducta" que obliga a los comercializadores de este tipo de productos a conocer la situación financiera y experiencia inversora del cliente y comprobar si los productos a vender son adecuados a su perfil inversor* » y, por último, « *normativa MIFID en general* ».

(iv) El cuarto apartado, titulado "interés casacional", contiene una amplia transcripción de tres sentencias de distintas audiencias provinciales que habrían dado la razón al cliente frente a la entidad bancaria en litigios



sobre inversiones en productos complejos, un auto dictado por la jurisdicción penal, una sentencia de un juzgado de primera instancia que también daría la razón al cliente, una indicación de varias páginas web, y asimismo la transcripción de una sentencia de audiencia provincial citada por la sentencia recurrida, a efectos de mostrar que tal sentencia da la razón al cliente y no a la entidad bancaria como parecería desprenderse de su cita en la sentencia recurrida.

(v) En el quinto apartado, titulado "hechos a destacar en la causa que nos ocupa y recapitulación sobre las pruebas practicadas en este procedimiento", se reproducen y comentan diversos documentos aportados al procedimiento y se realiza una amplia transcripción de la conversación que mantuvieron el demandante y el demandado Sr. Basilio , que aquel grabó y aportó con la demanda, así como de las declaraciones realizadas en el juicio por el perito Sr. Pedro Francisco y del representante de Banco Espirito Santo.

(vi) El último apartado del recurso se titula "fundamento del recurso de casación". En él se rebaten algunas afirmaciones de la sentencia recurrida como que la insolvencia del banco Kaupthing no se debe a actuación de intermediario, que la intervención del gobierno islandés en dicho banco era imprevisible, partiendo para ello de hechos rechazados en la instancia, que toda inversión entraña un riesgo (argumento que no motivaba sino que se remitía a los « *puntos anteriores de este escrito* ») y que los bancos islandeses contaban con un buen rating, respecto del que transcribía parcialmente dos sentencias de audiencias y se remitía a las manifestaciones del perito en el juicio.

2.- Banco Espirito Santo, en su escrito de oposición al recurso, manifestó la imposibilidad de oponerse al supuesto motivo del recurso por ser inexistente, dada la carencia de cuestionamiento jurídico concreto de la "ratio decidendi" [razón decisoria] de la sentencia recurrida. La razón de tal imposibilidad estribaba en que el recurso mencionaba « *la infracción de una batería de normas de la más absoluta heterogeneidad* », sin concreción en el caso concreto, la formulación del motivo adolecía de total indefinición, sin que hubiera en puridad motivo de recurso de casación, más allá de la reiteración de alegaciones y la mención a que otras sentencias han resuelto casos pretendidamente similares de manera distinta, pues en ningún momento se identificaba cuál era la concreta infracción u omisión legal sustantiva contenida en la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida, y se realizaban numerosos cuestionamientos de la base fáctica de la sentencia recurrida, por lo que el recurso incurría en el defecto de "petición de principio", y, finalmente, no concurría interés casacional pues no se invocaban dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una audiencia provincial en sentido contrario a otras dos sentencias firmes dictadas por otra sección.

Banco Espirito Santo alegaba que el recurrente pretendía convertir el recurso en una pura reproducción de la cuestión litigiosa, constituyendo un ejemplo paradigmático de convertir el recurso de casación en una tercera instancia, con una omisión tal de la técnica casacional que generaba indefensión a la recurrida.

3.- Es jurisprudencia consolidada la que afirma que el recurso de casación no es un recurso ordinario que dé paso a una tercera instancia en la que las partes puedan reproducir las alegaciones de hecho y de derecho propias de la primera y segunda instancia, a fin de someter a este tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición, sino un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación por la sentencia de apelación de la norma, principio de derecho o jurisprudencia aplicable al caso.

Por tal razón, este recurso exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa ( art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), lo que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado ( artículo 481.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ); la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada. (artículo 481.1); y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida.

El recurso de casación no tolera el acarreo de argumentos heterogéneos, como es el caso del presente recurso, en que no solo el escrito no se ha estructurado en torno a diversos motivos en que se denuncian las infracciones legales que se consideren ha cometido la audiencia, sino que además se mezclan argumentos de diversa naturaleza, unos sustantivos, otros procesales, unos relativos a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, otros a los hechos en que se sustenta y la valoración de las pruebas que han servido para fijarlos en el proceso.

Tampoco es admisible la cita indiscriminada de normas carentes de conexión, que generan imprecisión y obligarían al tribunal a escoger entre ellas las que considere oportunas y a estructurar en torno a ellas el examen de las infracciones legales cuya denuncia corresponde al recurrente. Es lo que ocurre en este caso, en el que la mayoría de preceptos legales citados son genéricos o completamente ajenos a las cuestiones resueltas por la audiencia, como es el caso del art. 1300 del Código Civil , relativo a la nulidad de los contratos, pues la acción de nulidad fue desestimada en primera instancia y tal desestimación fue consentida por el hoy recurrente.



Además, la cita de los numerosos preceptos legales se hace en un apartado del escrito que se destina exclusivamente a tal fin, sin que posteriormente, al desarrollar los argumentos en los que se muestra la disconformidad con la sentencia de la audiencia, se haga referencia a ninguno de tales preceptos y a la infracción del mismo que la audiencia habría cometido.

4.- Los defectos expresados concurren en el recurso interpuesto por el demandante, hasta el punto que han impedido a la recurrida poder oponer argumentos relativos a alguna infracción legal, salvo los relativos a la inadmisibilidad del recurso. No se trata, pues, de meras deficiencias formales que no pueden ser exigidas con un rigor excesivo. La cuestión es que el recurso que ha formulado el demandante no puede considerarse como un recurso de casación.

La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación de los recursos ( sentencias de esta sala núm. 72/2009, de 13 de febrero , núm. 33/2011, de 31 de enero , y núm. 564/2013, de 1 de octubre ). No obsta que en su día el recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión pronunciada inicialmente por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia ( sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 97/2011, de 18 de febrero , núm. 548/2012, de 20 de septiembre , y núm. 564/2013, de 1 de octubre ).

### TERCERO .- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- También procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Jose Miguel contra la sentencia núm. 152/2012, de 28 de marzo, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación núm. 301/2011 , dimanante de las actuaciones de procedimiento ordinario núm. 29/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jose Luis Calvo Cabello. FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.