

Roj: ATS 358/2014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 322/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución: Auto

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La representación procesal de la entidad "BANCO ESPIRITO SANTO, S.A." presentó el 29 de enero de 2013 escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.^a), con fecha 20 de diciembre de 2012, en el rollo de apelación n.º 430/2012, dimanante de juicio ordinario n.º 1169/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Bilbao.

2.- Mediante diligencia de ordenación de 31 de enero de 2013 la Audiencia Provincial tuvo por interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y acordó remitir los autos a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, habiéndose notificado y emplazado a las partes litigantes, por medio de sus respectivos Procuradores, con fecha 5 de febrero de 2013.

3.- Recibidas las actuaciones en el Tribunal Supremo y formado el rollo, presentó escrito con fecha 1 de marzo de 2013 la procuradora Doña María Luisa Montero Correal, en nombre y representación de la entidad BANCO ESPIRITO SANTO, personándose en concepto de parte recurrente. Mediante escrito presentado con fecha 14 de marzo de 2013, el procurador D. Ángel Luis Fernández Martínez, en nombre y representación de D. Remigio Y OTROS, se personó en concepto de parte recurrida.

4.- Por providencia de fecha 12 de noviembre de 2013, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal a las partes personadas.

5.- Mediante escrito presentado el día 3 de diciembre de 2013 la parte recurrente interesaba la admisión de los recursos interpuestos. Mediante escrito presentado con la misma fecha, la parte recurrida ha alegado en favor de la inadmisión de los recursos interpuestos.

6.- Por la parte recurrente, se han efectuado los depósitos precisos para recurrir de conformidad con lo exigido por la Disposición Adicional 15.^a de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, 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.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Francisco Marín Castán.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación resulta que dichos recursos tienen por objeto una sentencia dictada con posterioridad a la entrada en

vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, por lo que es indiscutible la sujeción de los recursos al régimen que ésta establece, siendo la sentencia recurrida posterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 37/2011, por lo que esta reforma le es de aplicación. Por otro lado, la sentencia recurrida resuelve en segunda instancia juicio ordinario en el que se discute acerca de la vulneración del derecho de información en relación con la adquisición de productos bancarios complejos, tramitado en atención a la cuantía, siendo esta inferior a 600.000 euros, con la consecuencia de que su acceso a la casación se halla circunscrito al ordinal tercero del art. 477.2 de la LEC 2000.

2.- Por la representación del recurrente se interpuso recurso de casación, que articula en cuatro motivos: En el motivo primero, se alega la infracción de los artículos 1101 del CC en relación con los arts. 1106

y 1107 del mismo cuerpo legal y oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo. Alega la recurrente que no existe el nexo causal entre el incumplimiento de la entidad bancaria que declara probado la sentencia recurrida y el daño producido a los clientes cuya indemnización se reclama ya que falta uno de los elementos esenciales para que la acción indemnizatoria del art. 1101 del CC pueda prosperar. Cita al efecto, las sentencias de esta Sala de 30/4/98, de 2/3/01, de 17/4/07, de 21/4/08, de 29/4/2003 y de 15/6/10.

En el motivo segundo, se alega a infracción de los artículos 1101 del CC en relación con los arts. 1106 y 1107 del mismo cuerpo legal y la existencia de interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, en concreto entre dos sentencias de la Sección 3.^a de la AP de Vizcaya y otras dos de la Sección 5.^a de la misma Audiencia. Considera la recurrente que la intervención del banco islandés ha sido la que ha producido la pérdida de valor de los títulos preferentes y no el defecto de información. Se insiste en la incorrecta valoración del nexo causal y se pone de relieve que mientras la Sección 3.^a de Vizcaya entiende la falta de información *ab origen* es la causa de la pérdida de valor de las participaciones preferentes mientras que la Sección 5.^a de Vizcaya entiende que el incumplimiento de un contrato no implica por sí solo la existencia de perjuicios.

En el motivo tercero, se alega la infracción de los artículos 1101 del CC en relación con los arts. 1106 y 1107 del mismo cuerpo legal y la existencia de jurisprudencia notoria de las Audiencias Provinciales. Señala la recurrente que ante hechos imprevistos como la quiebra de un banco (Lehman Brothers) o la intervención de otro (Kaupthing o Landsbanki) existen Audiencias que impiden atribuir responsabilidad a las entidades financieras por defectos en la comercialización de los productos y otras que consideran que al margen de lo ocurrido con el emisor del producto, si la entidad bancaria incumplió sus obligaciones debe responder, también cita una postura intermedia entre las anteriores. En apoyo de una u otra orientación cita varias sentencias de Audiencias Provinciales como la de 26/9/12 de Asturias o la de 20/2/12 de Valladolid.

En el motivo cuarto, se denuncia la a infracción de los artículos 1101 del CC en relación con los arts. 79.1e) de la LMV y 16 del RD 629/1993 así como la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales sobre el contenido de la obligación de información. Entiende la recurrente que la sentencia recurrida parte del error de considerar que la entidad bancaria ha de mantener informado al cliente durante toda la vida de la inversión, realizando un examen de diferente normativa con consideraciones sobre la periodicidad de la información para concluir que la recurrente mantuvo informados en todo momento a los clientes con el envío de extractos mensuales.

Formula también recurso extraordinario por infracción procesal que se articula en cinco motivos.

En el motivo primero se alega la vulneración del art. 24.1 de la CE en relación con el art. 218.2 de la LEC en cuanto al error en la valoración de la prueba, cuya ponderación por el tribunal sentenciador no supera el test de la razonabilidad exigible.

En el motivo segundo, se alega la vulneración del art. 24.1 de la CE en relación con el art. 79 de la LMV en cuanto al error patente padecido por la sentencia en la apreciación de los extremos relevantes del debate y en la valoración de la prueba practicada, que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria.

En el motivo tercero, se alega la vulneración del art. 24.1 de la CE en relación con el art. 209 y 218.2 de la LEC en cuanto a la falta de motivación exigible que impide conocer los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basa la resolución.

En el motivo cuarto, se alega la vulneración del art. 24.1 de la CE en relación con el art. 218.2 de la LEC en cuanto a la falta de la debida motivación sobre la existencia de un daño indemnizable, real y efectivo.

En el motivo quinto, se alega la vulneración del art. 24.1 de la CE en relación con el art. 218.2 de la LEC en cuanto a la falta de debida motivación sobre la existencia de un nexo causal entre el daño que se aprecia y el incumplimiento del que se hace pender la responsabilidad.

3.- Pues bien, el recurso de casación, en cuanto a sus cuatro motivos, ha de resultar inadmitido por las siguientes razones:

a) En cuanto al motivo primero, por inexistencia de interés casacional al no oponerse la sentencia dictada a la doctrina de esta Sala (art. 483.2.3^o en relación con el art. 477.2.3 de la LEC). Y es que la recurrente articula el motivo primero sobre la existencia de oposición a la doctrina de esta Sala sobre la necesidad de la existencia de un nexo causal entre la falta de información sobre el producto y el daño cuya indemnización se acuerda, para ello cita doctrina genérica de esta Sala sobre la necesidad de que exista un nexo causal entre el incumplimiento y el daño, eludiendo que la sentencia recurrida declara que de la prueba pericial resulta acreditado que las acciones van perdiendo valor progresivamente y a partir de octubre carecen de valor alguno, siendo claro el enlace causal que niega el hoy recurrente, partiendo ese enlace de una falta de información de origen. Por tanto, ninguna valoración ilógica se aprecia en la sentencia recurrida en el hecho de que, acreditado el incumplimiento (como tendremos ocasión de comprobar a continuación) y que las participaciones preferentes dejaron de tener valor alguno, resulta claro que se ha producido un perjuicio patrimonial para los actores, que es el que ahora reclaman.

b) En cuanto a los motivos segundo, tercero y cuarto por inexistencia de interés casacional al invocar existencia de jurisprudencia contradictoria de AAPP inexistente al existir doctrina de la Sala Primera del TS más reciente (artículo 483.2, 3^o de la LEC).

En primer lugar y por lo que se refiere al motivo segundo, en realidad, la recurrente está denunciando la misma cuestión alegada en el motivo primero pero llevada al caso concreto de la intervención de los bancos islandeses y la diferente respuesta que han dado dos Secciones de la Audiencia Provincial de Vizcaya; pues bien, desde un punto de vista formal, no resulta adecuado invocar el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, cuando existe jurisprudencia de la Sala Primera sobre la misma cuestión, en este caso la concurrencia de un elemento externo que ha llevado consigo la pérdida del valor de la inversión y la inexistencia de nexo causal entre la falta de información y el daño patrimonial.

Pero dejando aparte este aspecto formal, del examen conjunto de los motivos segundo, tercero y cuarto, se observa como la recurrente está planteando la existencia de diferentes respuestas dadas por las Audiencias Provinciales en cuestiones relacionadas con la contratación de productos bancarios y que se resumen en la existencia de un elemento externo e imprevisible que tiene relevancia definitiva a la hora de que las inversiones perdieran todo su valor (la intervención del Kaupthing Bank islandés) así como el alcance del deber de información y si este debe de durar durante toda la vida de la inversión.

Pues bien, ambas cuestiones, sobre las que la recurrente plantea la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, han sido resueltas por la sentencia del Pleno de esta Sala de

18 de abril de 2013, RCIP 1979/2011, que conoció de una cuestión sustancialmente igual a la hoy debatida (adquisición de participaciones preferentes del Banco norteamericano Lehman Brothers, inversión que se perdió como consecuencia de la quiebra de la entidad). Así, en el caso que nos ocupa, la recurrente no entra a valorar sobre si existió o no infracción del deber de información *ab initio* de sus clientes o el perfil inversor que estos tenían sino que se centra en el hecho del "suceso imprevisible", cuestión que la sentencia del Pleno de esta Sala no considera relevante en el caso de que se haya producido una infracción del deber de información adecuada en relación con los productos complejos de alto riesgo comercializados, señalando en el Fundamento de Derecho Séptimo "in fine" que "*[e]ste incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas.*" Por tanto, la sentencia hoy recurrida no se aparta de la doctrina contenida en dicha resolución.

Y con relación al segundo aspecto del recurso, cual es el alcance del deber de información y si el mismo ha de mantenerse durante toda la vida del contrato, también es clara la sentencia antedicho cuando afirma en el mismo Fundamento de Derecho Séptimo que "*[q]ue BBVA informara a los demandantes de haber adquirido para ellos las participaciones preferentes y les remitiera informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión tampoco supone el cumplimiento del estándar de información exigible, pues tal información no contiene los datos necesarios para que los demandantes pudieran saber que los productos no se ajustaban al perfil de riesgo muy bajo por el que habían optado.*"

Por lo tanto, observamos, como la posible existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales invocada no existe en la actualidad, al haberse pronunciado esta Sala en Pleno sobre las cuestiones básicas planteadas en el recurso de casación. No pueden acogerse, por tanto, las alegaciones realizadas por la recurrente en su escrito presentado tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión, ya que continúa insistiendo en la existencia de interés casacional al existir pronunciamientos contradictorios de las Audiencias, aunque reconoce que la doctrina de esta Sala "ha arrojado luz en cuanto al deber de información exigible"; como se ha visto, la sentencia de Pleno de esta Sala antes invocada, se pronuncia claramente sobre las cuestiones planteadas en el recurso cuales son la influencia del "suceso imprevisible" y el alcance del deber de información, careciendo el recurso en la actualidad del interés casacional invocado en su momento.

4.- La improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16.^a, apartado 1, párrafo primero y regla 5.^a, párrafo segundo, de la LEC 2000 .

5.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC 2000, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este auto no cabe recurso alguno.

6.- Siendo inadmisibles los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación procede la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, 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.

7.- En cuanto a las costas del presente recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, si bien se ha abierto el trámite previsto en los arts. 473.2 y 483.3 y la parte recurrida ha formulado alegaciones en aras a la inadmisión de los recursos, cuando la inadmisión del recurso se deba a que la jurisprudencia ha resuelto la cuestión jurídica que se plantea en el mismo, dispone el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 adoptado por los magistrados de esta Sala que el carácter sobrevenido de la desaparición del interés casacional se tomará en consideración para resolver sobre las costas. Pues bien, en el presente supuesto dado que en el momento de interponer los recursos extraordinarios, aún no se había pronunciado el Pleno de esta Sala sobre las cuestiones controvertidas y estando en ese momento justificada la interposición de los citados recursos, procede no hacer especial imposición de las costas procesales generadas en los mismos, debiendo soportar cada parte las suyas y las comunes, si las hubiere, por mitad.

LA SALA ACUERDA

1º) NO ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de "BANCO ESPIRITO SANTO, S.A." contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.ª), con fecha 20 de diciembre de 2012, en el rollo de apelación n.º 430/2012, dimanante de juicio ordinario n.º 1169/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Bilbao.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Con pérdida de los depósitos constituidos.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.