

Roj: STS 2839/2014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2296/2012
Nº de Resolución: 378/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Julio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación núm. 2296/2012, interpuesto por D. Ismael, representada ante esta Sala por el procurador D. Luis Pozas Osset, contra la sentencia núm. 89/2012, de 11 de junio, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, en el recurso de apelación núm. 92/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 2350/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Pamplona. Ha sido recurrida la entidad "Banco Sabadell S.A.", quien absorbió a la entidad "CAM, S.A.U.", sucesora, a su vez, de "Caja de Ahorros del Mediterráneo", representada ante esta Sala por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador de D. Miguel González Oteiza presentó en el Decanato de los Juzgados de Pamplona, con fecha 24 de noviembre de 2009, demanda de juicio ordinario contra la "Caja de Ahorros del Mediterráneo", que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Pamplona y fue registrada con el núm. P.O. 2350/2009, cuyo suplico decía: «[...] dicte sentencia:

i. *Declarando la nulidad radical o, en su defecto, relativa de la Orden de Compra del Bono suscrita con la Caja de Ahorros del Mediterráneo.*

ii. *Ordenando a la Caja de Ahorros del Mediterráneo a pasar por dicha declaración y, en consecuencia, condenándola a reintegrar a mi representado la suma de un millón de euros (1.000.000 euros), más los daños y perjuicios ocasionados, que se cifran en el triple de los intereses legales devengados sobre el referido importe, desde la fecha de suscripción de la Orden de Compra (23/02/2007), y hasta la efectiva devolución del capital.*

Y, de forma subsidiaria, para el supuesto de que las anteriores peticiones fuesen desestimadas,

iii. *Declarando resuelto el contrato de comisión celebrado con la Caja de Ahorros del Mediterráneo, por el negligente asesoramiento e incumplimiento de las obligaciones de información y asesoramiento para con mi representado.*

iv. *Ordenando a la Caja de Ahorros del Mediterráneo a pasar por dicha declaración y, en consecuencia, condenándola a indemnizar a mi mandante en la suma de un millón de euros (1.000.000 euros), más el triple de los intereses legales devengados sobre el referido importe, desde la fecha de entrega de dicha cantidad (23/02/2007), y hasta la efectiva devolución de la misma.»*

v. *Todo ello, con expresa condena en costas.*»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la entidad demandada para su contestación.

TERCERO.- La representación procesal de la entidad "Caja de Ahorros del Mediterráneo", contestó a la demanda y suplicó al Juzgado: «[...] dicte sentencia desestimando en todas sus partes la demanda y absolviendo libremente a mi parte de las pretensiones de condena, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.»

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Pamplona dictó la sentencia núm. 4/2011, de 14 de enero, cuyo fallo se transcribe a continuación: « **FALLO:** Que desestimando como desestimo íntegramente la demanda formulada por D. Miguel González Oteiza, Procurador de los Tribunales, y de D. Ismael, contra Caja de Ahorros del Mediterráneo, representada en autos por el Procurador D. Santos Julio Laspiur García, debo absolver y absuelvo libremente a dicha demandada de cuantos pedimentos se contienen en el escrito de demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante .»

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- El procurador del demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, y suplicó a la Audiencia Provincial: «[...] dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso, revoque la Sentencia apelada y estime íntegramente la demanda presentada por mi mandante, con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

SEXTO.- Del recurso de apelación interpuesto se dio traslado a la parte contraria, quien, en su escrito de oposición, suplicó a la Audiencia Provincial: «[...] dicte sentencia por la que desestimando en todas sus partes el recurso de apelación, se confirme la sentencia apelada y todo ello con expresa imposición de costas la parte recurrente.»

SÉPTIMO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, que lo tramitó con el núm. de rollo 92/2011 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia núm. 89/2012, de 11 de junio, con el siguiente fallo: «**FALLO:** La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de enero de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Pamplona en el juicio ordinario 2350/2009, imponiendo al apelante las costas procesales del recurso.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

OCTAVO.- La representación procesal de D. Ismael interpuso recurso de casación contra la sentencia núm. 89/2012, de 11 de junio, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, que fundamentó en la infracción del artículo 1124 del Código Civil, artículos 244 y siguientes del Código de Comercio, artículo 79.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, la Circular 1/1998, de 10 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Directiva 2004/39/CE.

NOVENO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó auto de 19 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva decía: « *La Sala acuerda:*

»1. *Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ismael contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 11 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Pamplona, Sección 3.ª, en el rollo de apelación n.º 92/2011, dimanante del*

juicio ordinario n.º 2350/2009, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Pamplona.

» 2. Dése traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida comparecida en este rollo, para que formalice su oposición, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala.»

DÉCIMO.- "Banco Sabadell", entidad en la que quedó integrada "Banco CAM, SAU", presentó escrito de oposición en el que suplicó a la Sala: «dicte resolución por la que se desestime íntegramente el recurso de casación, confirme la sentencia de la Audiencia, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente.»

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

DUODÉCIMO.- Mediante providencia de 28 de abril de 2014, se nombró ponente al Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena y se acordó resolver el presente recurso previa votación y fallo, señalándose el día 18 de junio de 2014 para que éstos tuvieran lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- Los antecedentes más relevantes para entender las cuestiones planteadas en el recurso, tal como han quedado fijados en la instancia, son los siguientes.

El día 1 de septiembre de 2006 D. Ismael suscribió con la Caja de Ahorros del Mediterráneo (en adelante, CAM), un contrato de "depósito o administración de valores".

El día 5 de febrero de 2007 el Sr. Ismael firmó una "petición de estructurados" con la CAM, en relación a la "propuesta cesta RV acciones Popular y Santander". El día 23 de febrero, firmó la correspondiente "orden de compra de valores". Solicitada información por el Sr. Ismael, el día 7 de marzo de 2007 recibió un correo electrónico remitido por el Sr. Luis Angel, empleado de la CAM, en el que se adjuntaba la "ficha del producto" con los datos relativos a la fecha, Código ISIN, períodos de observación, cupones y valores iniciales. La orden de compra se hizo efectiva el 9 de marzo.

Respecto a los "datos de la operación", en la citada orden se indica la cantidad de un millón de euros en el apartado "importe de la operación", "Lehman Brothers Renta Variable" en el apartado "valor", "Lehman Brothers" en el apartado "emisor" y "Banco Popular y Banco Santander" en el apartado "cesta". Al final de la orden de compra se contenía una mención en la que el ordenante declaraba conocer « los riesgos inherentes a esta inversión ya que se trata de un producto en el que se pone en riesgo el importe invertido porque no garantiza la devolución del 100% del capital ».

El producto estructurado se referenció a los valores subyacentes que el demandante indicó, acciones del Banco Popular y del Banco de Santander, en cuya evolución el demandante tenía confianza.

2.- Al no haber recuperado la inversión realizada, como consecuencia de la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008, el Sr. Ismael interpuso demanda contra la CAM.

En dicha demanda ejercitaba con carácter principal una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento, en la que solicitaba se le restituyera el millón de euros invertidos y

se le indemnizaran los daños y perjuicios ocasionados, que cifraba en el triple de los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de suscripción de la orden de compra; y, subsidiariamente, una acción por incumplimiento contractual, en la que solicitaba se declarara resuelto el contrato de comisión concertado con CAM por el negligente asesoramiento o incumplimiento de las obligaciones de información y asesoramiento, y se condenara a CAM a indemnizarle en un millón de pesetas y el triple de los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de suscripción de la orden de compra.

El demandante alegaba que CAM le había suministrado una información deficiente pues no le informó de la identidad y solvencia de la entidad emisora del producto, de manera que no sabía que era un bono emitido por Lehman Brothers, por lo que consideraba que el consentimiento prestado era inexistente o viciado, dado que de haber conocido que la emisora no era la propia entidad demandada jamás hubiera contratado el producto.

Alegaba asimismo que dado el perfil inversor conservador del demandante, la escasez y carácter defectuoso de la documentación emitida y la falta de asesoramiento e información, procedía acordar, con carácter subsidiario a la estimación de la acción de nulidad, la resolución del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios causados.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró que el demandante conocía perfectamente el tipo de producto que adquiriría, un bono estructurado, que se referenció a los valores subyacentes que el demandante indicó, pues eran de su confianza. Tras la solicitud hecha por el demandante, el departamento de distribución de CAM estructuró el producto eligiendo entre las posibilidades ofrecidas por las entidades emisoras de productos estructurados existentes en el mercado la que le pareció más conveniente, enviando la correspondiente ficha al demandante, que contaba con la información sustancial sobre el tipo de producto, el funcionamiento y los riesgos previsibles, además de sobre la identidad de la entidad emisora del bono, que aparecía identificada en la orden de compra y en la ficha del producto.

El juzgado tomó en consideración las cualidades personales del demandante, al que calificó de "empresario avezado y con larga trayectoria profesional", que había ostentado cargos directivos en diversas entidades, algunas referentes al mundo bursátil, de inversiones y sociedades de valores, en el área de captación de clientes, lo que le situaba en un ámbito de información, posibilidades de asesoramiento y comprensión de las inversiones que no estaban al alcance de cualquier inversor minorista. Hizo referencia también la sentencia a la realización más o menos coetánea a la compra del bono estructurado de Lehman Brothers de importantes inversiones bursátiles por el demandante, así como a que otras entidades bancarias ya le habían ofrecido productos similares al que adquirió a través de Lehman Brothers. Por ello consideraba que no concurría un error excusable que viciara el consentimiento del demandante.

Y también desestimó la acción de resolución del contrato de comisión e indemnización de daños y perjuicios, por las mismas razones por las que desestimó la acción de nulidad, que conllevaban la inexistencia de un incumplimiento contractual por parte de CAM.

4.- El demandante apeló la sentencia, pero limitó su pretensión impugnatoria a la desestimación de la acción de resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios. No mantuvo la acción de nulidad por vicio del consentimiento ejercitada en la demanda pues consideró imposible probar que estuvo siempre convencido de que el emisor de los bonos litigiosos era CAM y no Lehman Brothers.

La audiencia provincial desestimó el recurso de apelación, haciendo suyos en lo fundamental los argumentos de la sentencia de primera instancia. Consideró errónea la afirmación de que cuando se suscribió el contrato había vencido el plazo de transposición de la Directiva 2004/39/CE, MiFID, por lo que no era aplicable la distinción entre clientes minoristas y clientes profesionales que en la misma se contenía.

Afirmó que la demanda adolecía de imprecisión a la hora de señalar los motivos que fundamentaban la acción resolutoria; que mencionaba el error como fundamento de la misma, no realizaba alegaciones que justificaran la gravedad de los incumplimientos genéricamente imputados a CAM, haciéndose una remisión en bloque a la normativa reguladora del mercado de valores, ni explicaba la relación existente entre los incumplimientos de la normativa reguladora del mercado de valores y el perjuicio cuya indemnización se solicitaba. Consideró también inconsistente la imputación de que CAM no le había informado del progresivo deterioro de la situación económica de Lehman Brothers, pues el demandante no concretaba ni probaba el momento a partir del cual CAM debía conocer la situación económica real de Lehman Brothers. Afirmó la audiencia que el demandante no había expuesto en su demanda los extremos fácticos precisos para que pudiera prosperar la acción resolutoria que ejercitaba, ni la actividad probatoria necesaria, pues no era suficiente con aportar un simple dossier de prensa.

5.- El demandante formula recurso de casación contra la sentencia de la audiencia provincial.

SEGUNDO.-Formulación del único motivo del recurso de casación

1.- El recurso adolece de una estructuración defectuosa, al no formularse expresamente motivos de casación en los que se denuncien determinadas infracciones legales. Puede considerarse que se formula un motivo, que se divide en dos apartados (perfil inversor del demandante e incumplimientos contractuales de la demandada), el segundo de los cuales se divide a su vez en varios subapartados: I.- incumplimientos anteriores a la contratación; II.- incumplimientos coetáneos o parejos a la suscripción; III.- incumplimientos posteriores a la suscripción; IV.- consecuencias dañinas de tantos incumplimientos; V.- sentencias del Tribunal Supremo de aplicación al caso.

2.- Al inicio del motivo, el recurrente afirma que « *con el presente recurso se denuncia la infracción del art. 1.124 del Código Civil, el art. 244 y ss. del Código de Comercio, el artículo 79.1 de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio), Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, la Circular 1/1998, de 10 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Directiva 2004/39/CE* ».

3.- Como argumentos que fundamentan el motivo, se alega que CAM no ha podido desvirtuar que el demandante es un simple cliente minorista que carece de cultura financiera y que había delegado la contratación de sus inversiones en la entidad demandada, por lo que debe corregirse la alegación de que una persona por ser inversor en varios productos o empresario de otro sector, ya es experto y no puede reclamar.

Respecto de los incumplimientos contractuales previos a la contratación, alega el recurrente que CAM no recopiló ninguna información sobre el demandante ni le asesoró sobre los riesgos de la inversión.

Alega también como incumplimientos coetáneos a la contratación que existe confusión sobre el emisor del producto y sobre la naturaleza del producto adquirido.

Como incumplimientos posteriores, que el producto estructurado fue depositado en una cuenta "ómnibus", y que considerar que dicho incumplimiento carece de importancia, como hace la audiencia, equivale a una invitación al incumplimiento de tal norma. Y que CAM no ha expedido un certificado acreditativo de la titularidad del producto estructurado para poderse personar en el procedimiento concursal de Lehman Brothers. Asimismo, se alega que CAM no advirtió al demandante sobre el objetivo y progresivo deterioro de Lehman Brothers, que era público y notorio.

Como consecuencia de tales incumplimientos, el recurrente afirma que el millón de euros « se ha invertido con total ignorancia sobre la inversión y con pleno desconocimiento sobre las condiciones de inversor de mi principal, evaporándose el mismo sin que la adversa hiciera nada para impedir su total desaparición », además de frustrar su posición como acreedor en el procedimiento concursal de Lehman Brothers. CAM hurtó al recurrente la información sobre lo que iba a contratar, y contrató un producto que, si hubiera conocido sus características y riesgos, no hubiera contratado. Alega que la demandada incumplió su deber de asesorarse sobre lo que vendía, se dejó asesorar mal e incumplió sus deberes profesionales.

Alega asimismo como fundamentación jurídica de su recurso la doctrina de la unidad de la culpa civil y el principio "iura novit curia".

TERCERO.- Decisión de la sala. Inconsistencia del motivo

1.- El recurso incurre de modo reiterado en el vicio de petición de principio, esto es, formula la impugnación sobre hechos diferentes de los que han servido de base a la sentencia recurrida (que ha de quedar inalterada, pues no se ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal referido a la fijación de esa base fáctica), o incluso directamente contradictorios con los fijados en la instancia. Ello ocurre en extremos tan fundamentales como el perfil inversor del demandante, el contenido de la información que se le suministró y las supuestas evidencias sobre el deterioro de Lehman Brothers con anterioridad a su quiebra.

Es más, el recurrente, pese a abandonar su pretensión de anulación del contrato por vicios del consentimiento determinados por la deficiente información suministrada por CAM en relación a la identidad del emisor del producto, alegando imposibilidad de probar tal extremo, vuelve a formular alegaciones en ese sentido para sustentar su pretensión indemnizatoria.

2.- La sentencia de la audiencia, bien por enunciarlo expresamente, bien por asumir explícita o implícitamente lo afirmado en la sentencia de primera instancia, funda su decisión en la existencia de una situación en la que el demandante, un contratante que es considerado como un empresario avezado, que ha participado en la administración de distintas sociedades, alguna de ellas relacionada con servicios de inversión, y que ha realizado otras inversiones de riesgo, solicita a CAM la adquisición de un producto estructurado, por una cantidad tan importante como es un millón de euros, de determinadas características acordes con sus preferencias inversoras, cuya naturaleza conocía, que el propio demandante referenció a valores subyacentes que eran de su confianza, y es informado de un modo adecuado a sus conocimientos y cualificación de la naturaleza del producto, el emisor del mismo y los riesgos inherentes a su contratación.

3.- En tales circunstancias, es correcta la afirmación de las sentencias de instancia de que no existe un incumplimiento contractual que haya frustrado el fin del negocio y causado daños y perjuicios al demandante, pues estos nada tienen que ver con la conducta contractual observada por CAM.

En la valoración de la conducta de la empresa que presta servicios de inversión, y su relación con los daños y perjuicios sufridos por el inversor por el acaecimiento de riesgos relacionados con la inversión, es un dato relevante la cualidad del inversor y las características de la inversión.

En una inversión del calibre de la realizada por el demandante (un millón de euros), con su experiencia en el ámbito de los servicios de inversión, tanto profesional (por su participación en la administración de diversas sociedades, alguna de ellas dedicada a la inversión) como personal (por su experiencia como inversor), en la que la petición del producto y la elección de determinadas características relevantes del mismo (como es el caso

de los valores subyacentes a los que debía ir referenciado el producto estructurado) ha sido iniciativa del inversor, no basta invocar cualesquiera infracciones de la normativa que rige el mercado de valores y los servicios de inversión, sino que es necesario, además de acreditar la realidad de tales infracciones, justificar que las mismas tengan relevancia en la generación de un quebranto patrimonial para el inversor.

Como consecuencia de lo expuesto, el recurso carece de aptitud para revocar la sentencia recurrida, y por tal razón ha de ser desestimado.

CUARTO .- 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 de conformidad con la disposición adicional 15^a, 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. Ismael contra la sentencia núm. 89/2012, de 11 de junio, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, en el recurso de apelación núm. 92/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 2350/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Pamplona.

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

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 Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. 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.