



Roj: **STS 1113/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1113**

Id Cendoj: **28079110012018100163**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2018**

Nº de Recurso: **2671/2015**

Nº de Resolución: **160/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 4460/2015,**
STS 1113/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 160/2018

Fecha de sentencia: 21/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2671/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/03/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. SECCIÓN 13.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2671/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 160/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 21 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Remigio , representado por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque bajo la dirección letrada de D. Carlos Matas Foz, contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2015 dictada por la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 218/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 60/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona, sobre declaración de nulidad. Ha sido parte recurrida el Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Julio Rodríguez Iglesias.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Remigio interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«i) Respecto del producto ESTRUCTURADO I, con contrato de fecha 15/02/2007 y vencimiento el 15/02/2010 suscrito con Banco Santander S.A. los siguientes pedimentos:

»a. En primer lugar, la declaración de nulidad y, como consecuencia de la misma, que se acuerde la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones percibidas así como la condena a la entidad demandada al pago de los intereses devengados desde la fecha de suscripción del ESTRUCTURADO I, esto es, desde el 15/02/07.

»b. En segundo lugar, y para el caso de que no se estimara la anterior petición, de forma subsidiaria, se solicita se declare la resolución del citado ESTRUCTURADO I por incumplimiento contractual de la entidad Banco Santander (según lo expuesto en el Hecho Cuarto de la presente demanda) al infringir ésta los deberes de información, diligencia y lealtad respecto de mi representado. En consecuencia, se solicita se condene a Banco Santander al pago de 300.000.-? a mi mandante en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento contractual así como al pago de los intereses legales desde la fecha de la presente demanda.

»ii) Respecto del producto estructurado tridente con contrato de fecha 4/06/2009 y vencimiento el 25/08/2014 (ESTRUCTURADO II) suscrito con Banco Santander S.A. el siguiente pedimento:

»a. La declaración de nulidad del citado contrato y, en consecuencia, la devolución recíproca entre las partes de aquellas prestaciones que hayan percibido con ocasión del mismo.

2.- La demanda fue presentada el 4 de enero de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona y fue registrada con el n.º 60/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Banco Santander S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba que se desestimara íntegramente la demanda con condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 dictó sentencia n.º 4/2014 de fecha 20 de diciembre de 2013 , con el siguiente fallo:

«Desestimando la demanda interpuesta por D. Remigio contra Banco Santander S.A., absuelvo a la entidad demandada e impongo a la parte actora el pago de las costas del pleito».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Remigio .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el n.º de rollo 218/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2015 , cuyo fallo dispone

«FALLAMOS:

»Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona de 20 de diciembre de 2013 , que en consecuencia es confirmada en su integridad, con imposición a la apelante de las costas de esta instancia».

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

1.- D. Remigio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue el siguiente:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, por errónea valoración de la prueba con la consiguiente vulneración del artículo 24 CE , por realizar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona una interpretación de la prueba manifiestamente arbitraria e ilógica».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC , por infracción del artículo 1265 y 1266 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercados de Valores , y con el artículo 5 Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , y la jurisprudencia que los interpreta en lo que respecta al ESTRUCTURADO I y la LMV 47/2007, de 19 de diciembre (que transpone la directiva MIFID) y el Real Decreto 217/2008.

«Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC , por infracción del artículo 1265 y 1266 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con el artículo 78 y 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercados de Valores , y con el artículo 5 Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , y la jurisprudencia que los interpreta.

«Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC , por infracción del artículo 1265 y 1266 , 1262 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con el artículo 78 y 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercados de Valores , y con el artículo 5.3 Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , y la jurisprudencia que los interpreta así como el Art. 79 de la LMV 49/2007 y el Real Decreto 217/2008 .

«Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC , por infracción del artículo 1265 y 1266 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con el artículo 78 y 79 e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercados de Valores , y con los artículos 4.1 y 5.1 Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , y la jurisprudencia que los interpreta.

«Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC , por infracción del artículo 1265 y 1266 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con el artículo 78 y 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercados de Valores , y con el artículo 14.2 , 15.1 y 5.3 Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , y la jurisprudencia que los interpreta».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Remigio contra la sentencia dictada con fecha 12 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, en el rollo de apelación n.º 218/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 60/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 19 de febrero de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de marzo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios del caso los siguientes.

1.- Con el fin de realizar inversiones de alta rentabilidad, el Sr. Remigio , acompañado del director financiero de un grupo empresarial familiar, se dirigió a Banco Santander S.A. (el Banco). El 15 de febrero de 2007 celebra un contrato de producto estructurado por un importe de 300.000 euros y fecha de vencimiento 15 de febrero de 2010 (estructurado I). El 22 de febrero de 2007 invierte otros 300.000 euros en unos fondos de inversión que vende el 7 de julio de 2008 con una pérdida de 47.562,20 euros.

A mediados de 2009 la inversión del producto estructurado estaba por debajo de su valor inicial. Después de una reunión informativa celebrada el 14 de mayo de 2009 entre el Sr. Remigio y su abogado Jacobo (de Leysters, Abogados y Asesores Tributarios), con la directora de Banca Privada del Banco, D.^a Angelica, el 18 de mayo siguiente el Banco envió a los abogados del Sr. Remigio un modelo de contrato por un valor nominal de 300.000 euros, vencimiento en 2014 y por el que quedaría cancelado el anterior contrato de producto estructurado. El 29 de mayo siguiente el mismo abogado Sr. Jacobo envió una carta al Banco exponiéndole las condiciones de su cliente para suscribir el nuevo estructurado (proponiendo, por ejemplo, que el Banco invirtiera como principal la cantidad de 347.562 euros, es decir, el nominal del anterior producto estructurado más la pérdida sufrida por la venta de los fondos de inversión).

El 2 de junio de 2009, a la 1,40 h de la madrugada, D.^a Angelica envió un email al Sr. Remigio con el siguiente texto:

«Buenos días Sr. Remigio :

»Tal y como hemos comentado en nuestra última conversación telefónica, adjunto le envío mail para que me devuelva con su Ok, para poder llevar a cabo la reestructuración de su producto estructurado por importe nominal de 300.000 euros».

El 4 de junio de 2009, el Sr. Remigio contestó al anterior email con otro a las 13,01 h, con el siguiente texto:

«Ok Angelica »

El 18 de junio de 2009, y probablemente en alguna otra ocasión más, Banco Santander envió el contrato por burofax al Sr. Remigio para que éste se lo devolviera firmado. El Sr. Remigio no quiso firmar el contrato, pese a que Banco Santander (la Sra. Angelica) ya lo tuvo por perfeccionado.

El 30 de agosto de 2010, el Sr. Remigio percibió del Banco 10.500 ? por los rendimientos íntegros del estructurado II correspondientes al primer año de vigencia del contrato y el 30 de agosto de 2011 otros 10.500 ? más correspondientes al segundo, sin ninguna queja de su parte.

2.- El 27 de diciembre de 2012 el Sr. Remigio interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander en la que finalizó solicitando que en su día se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

i) Respecto del producto Estructurado I, con contrato de fecha 15/02/2007 y vencimiento el 15/02/2010: a) En primer lugar, la declaración de nulidad y, como consecuencia de la misma, que se acuerde la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones percibidas así como la condena a la entidad demandada al pago de los intereses devengados desde la fecha de suscripción del estructurado 1, esto es, desde el 15/02/07. b) En segundo lugar, y para el caso de que no se estimara la anterior petición, de forma subsidiaria, solicitó la declaración de resolución del citado estructurado I por incumplimiento contractual de la entidad Banco Santander de los deberes de información, diligencia y lealtad. Solicitó la condena a Banco Santander al pago de 300.000 ? en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento contractual así como al pago de los intereses legales desde la fecha de la demanda.

ii) Respecto del producto estructurado Tridente de fecha 4/06/2009 y vencimiento el 25/08/2014 (estructurado II) suscrito con Banco Santander S.A. solicitó la declaración de nulidad y, en consecuencia, la devolución recíproca entre las partes de aquellas prestaciones que hayan percibido con ocasión del mismo.

A lo largo de la demanda señaló que con relación al primer producto creyó estar contratando un producto con capital garantizado y rentabilidad determinada, sin que la entidad bancaria hubiera proporcionado información alguna ni en fase precontractual ni contractual.

En cuanto al segundo de los productos contratados señaló que ante la deficiente gestión del producto anterior no tenía voluntad de efectuar contrato alguno y por eso no remitió el contrato debidamente firmado, habiéndose sustituido el primero de los productos por el segundo de forma unilateral por la entidad bancaria, sin su consentimiento, obviando que la novación ha de ser expresa. Alegó también que carece de experiencia financiera, cuestión que se puso expresamente de manifiesto al director de la oficina bancaria, el cual le ofreció un asesoramiento y seguimiento personalizado de las inversiones.

La parte demandada se opuso negando la existencia de una falta de información y por ello de la existencia de un error en el consentimiento en la contratación de los productos estructurados. Alegó que el demandante decidió invertir libremente, asesorado por sus abogados, que los contratos son claros, informan de los riesgos de rentabilidad negativa y el cliente firmó una declaración de que, advertido de los riesgos, contrataba tras su propio análisis. Añadió que el cliente prestó consentimiento a la reestructuración, al contestar con un «OK» al correo de la empleada de la entidad y cobrar dos liquidaciones positivas (en agosto de 2010 y agosto de 2011). Respecto del primer contrato defendió que la acción se habría extinguido por haber transcurrido cuatro



años desde que el contrato comenzó a producir efectos de modo que, al haberse celebrado en febrero de 2007 la caducidad se habría producido en febrero de 2011 y la demanda se interpuso en diciembre de 2012.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró, en primer lugar, que el «OK» enviado por el demandante en contestación al correo **electrónico** de la empleada del Banco suponía manifestación del consentimiento de manera clara, inequívoca y rotunda, por lo que se perfeccionó el contrato. Por esta razón desestimó la petición de nulidad del contrato de 2009, porque el contrato quedó perfeccionado. Además, puesto que el contrato de 2009 contenía una cláusula por la que se cancelaba el contrato de 2007, este contrato dejó de existir, por lo que no procedía ni la declaración de nulidad por vicio del consentimiento ni la de resolución por incumplimiento.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de primera instancia. Apoya su decisión, en síntesis, en las siguientes razones: i) el demandante buscaba una inversión con alta rentabilidad y se le informó de las posibilidades existentes, lo que apoya en la prueba testifical del empleado de la oficina bancaria. El demandante tiene a su disposición un sólido apoyo para recibir asesoramiento financiero gracias a sus relaciones familiares. ii) El contrato de 15 de febrero de 2007 contiene explicaciones diáfanas sobre el funcionamiento del producto, la retribución fija, la adicional condicionada al comportamiento de las subyacentes y los posibles vencimientos. Se informa de la posibilidad de rentabilidad negativa, se advierte de la posibilidad de rentabilidad negativa y que puede recibir menos de lo invertido, se reconoce que la decisión es libre e informada (estipulación 2, 3 y anexo 2), y en la estipulación 3 se explican los escenarios posibles. iii) El contrato de 4 de junio de 2009 se encabeza con una explicación relativa a la voluntad de las partes de cancelar el producto original, que en esa fecha se entiende terminado en su totalidad y todos los derechos y obligaciones de las partes derivados del producto estructurado original se consideran extinguidos. Con los 300.000 euros restituidos como consecuencia de esa extinción se constituye un nuevo producto. Se advierte de posibles escenarios, incluso la posible pérdida de todo (p. 3). El cliente manifiesta conocer los riesgos y en concreto que lo máximo que recuperará será el 90% del importe principal de referencia en función de la evolución de las acciones subyacentes (advertencia repetida con letras mayúsculas en p. 7). Se deja claro que la rentabilidad no está garantizada (estipulación 2, 3 y anexo II); iv) el hecho de que no se practicara el test de idoneidad y conveniencia en relación con el segundo producto no implica la existencia de error en el consentimiento; v) la evolución de los valores (renta variable) que conforman el subyacente de ambos productos no ha sido positiva. Por mail de 25 de enero de 2010 se le informa de que recuperaría el 15 de febrero de 2010 unos 22.940 euros; vi) en cuanto al comportamiento del actor: desde la firma del primero hasta la conclusión del segundo hay un permanente goteo de mensajes enviados por el actor quejándose por las pérdidas en los fondos de inversión, nunca por el producto estructurado: El 5 de agosto de 2008 (doc. 6) denuncia negligencias en su cartera de inversiones; el 10 de septiembre de 2008 (doc. 8) vuelve a referirse a los fondos de inversión (parece que el 6, al que remite, se refería también a los fondos de inversión); el 7 de octubre de 2008 (doc. 9) una queja genérica sobre el mal trato siendo buen inversor; el 17 de octubre de 2008 (doc. 11) nuevos reproches sin concretar; el 18 de marzo de 2009 (doc. 12) burofax con quejas sobre las pérdidas en los fondos de inversión y cambios de personal no comunicados, y por primera vez se solicita documentación sobre el estructurado; el 19 de mayo de 2009 (doc. 13) burofax reclamando por pérdidas de los fondos de inversión y la sustitución de uno de los subyacentes del estructurado I, se realizan otras observaciones sobre éste y empiezan a hablar de su sustitución por otro. Hasta ahí llegan las pretendidas quejas por el producto estructurado. O sea, nada. Incluso si hubieran existido no se podría inducir a partir de ahí sin más la nulidad de la operación. Existe una clara manifestación de su voluntad de contratar el segundo producto estructurado, y es el documento 12 aportado con la contestación a la demanda, un mail con la aceptación. En consecuencia, desde el momento en que se admite la existencia del segundo contrato, se acepta que se ha producido novación extintiva (hay radical incompatibilidad entre el primero y éste, art. 1204 CC). Que en el recurso se diga que el «OK» se refería al envío de una segunda propuesta no encaja bien con el tenor del intercambio de mails. Nunca se envió el ejemplar firmado. Según informa la señora Belinda, es una forma usual de funcionar en el Banco la contratación verbal, sin perjuicio de que después pidan la firma del contrato para tener constancia escrita. La reconstrucción del modus operandi es razonable, y desde luego no se dispone de una explicación mejor. El contrato existe desde el instante que se encuentran los consentimientos negociales y se proyectan sobre el mismo objeto. No constan quejas respecto a la conclusión del contrato. Se han cobrado los correspondientes rendimientos sin objeción alguna (docs. 7, 9 y 13 de la contestación).

A la vista de estos datos, la Audiencia concluye que el apelante sabía qué contrataba y su consentimiento fue pleno, de modo que solo cuando comprobó que el negocio no había obtenido el resultado esperado es cuando reaccionó e intentó convencer de los defectos negociales.

5.- Contra dicha resolución se interponen por la parte demandante los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.



Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en un único motivo en el que, al amparo del ordinal 4.º (en el encabezamiento se refiere al ordinal 3.º, pero se trata sin duda de un error, y en el desarrollo del motivo se refiere al ordinal 4.º) del art. 469.1 de la LEC, se alega infracción del art. 24 CE. Denuncia la existencia de error en la valoración de la prueba en cuanto al cumplimiento de los deberes de información sobre el producto y sus riesgos.

El recurso se desestima.

En el desarrollo del motivo el recurrente no impugna la valoración de la prueba encaminada a la fijación de hechos, sino que impugna la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida, tanto acerca de si hubo o no error como acerca de si existió consentimiento en el segundo contrato. Es decir, se impugna el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar si existió válido consentimiento contractual a la vista de los hechos probados, lo que es propio del recurso de casación y no del recurso por infracción procesal, tal y como viene reiterando esta sala (entre otras, sentencias 631/2015, de 26 de noviembre, y 624/2017, de 21 de noviembre).

Tampoco tiene razón el recurrente en su argumento de que se invierte la carga de la prueba. La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. De tal manera que solo se infringe art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (sentencias de esta sala 244/2013, de 18 de abril, 742/2015, de 18 de diciembre, y 164/2016, de 16 de marzo, entre otras muchas).

En el caso, la Audiencia no aprecia ausencia de prueba, sino que partiendo de los hechos que estima probados, considera que hubo consentimiento y que no estuvo viciado. Por ello, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debemos hacer al respecto al resolver el recurso de casación, no se ha producido una vulneración de estas reglas.

Recurso de casación.

TERCERO.- El recurso de casación se funda en los cinco motivos que se recogen en los antecedentes de hecho de esta sentencia.

A lo largo de los cinco motivos la parte recurrente argumenta que las entidades financieras tienen el deber y la obligación de informar sobre los productos financieros complejos, que no cabe descargar esa obligación en el cliente aduciendo que tenía posibilidades de asesoramiento externo o que se deducían las características del producto con la mera lectura del contrato cuando ni siquiera se practicaron los correspondientes test de conveniencia e idoneidad. Concluye señalando que no hubo por la entidad financiera una información precontractual y contractual del producto y sus riesgos y que el incumplimiento de tales deberes fue el causante del error que vició el consentimiento prestado. En el desarrollo del motivo primero reitera, como ya sostuvo en las instancias, que el contrato del estructurado II no solo es nulo por falta de información sino que es nulo por no recabar el preceptivo consentimiento para la validez del contrato, sin que el «OK» del correo electrónico enviado por el cliente, que se negó a firmar el contrato que le envió el Banco, pueda considerarse como respuesta clara e indubitada respecto de lo que se contrataba.

Comenzando por esto último, en su escrito de oposición, la demandada ahora recurrida argumenta que la sentencia de la Audiencia razona que existió una clara manifestación de la voluntad de contratar, que no podía entenderse que el «OK» se dirigiera al envío de una segunda propuesta de contrato y que desde el momento en que se admite la existencia del segundo contrato se ha producido novación extintiva del primero, por lo que ya no procede analizar la anulabilidad por vicio del consentimiento del primer contrato. Añade que, aunque no se entendiera así, la declaración de nulidad del contrato del producto estructurado I no tendría consecuencias restitutorias porque el Banco ya devolvió al cliente los 300.000 euros invertidos en ese contrato para que los invirtiera en el estructurado II. Subsidiariamente, alega que no concurren los requisitos del error en el consentimiento, pues la sentencia recurrida razona los motivos por los que considera que quedó acreditado que no hubo error.

CUARTO.- El recurso de casación se estima.

1.- Esta sala entiende que procede estimar la alegación del recurrente contenida en el motivo del recurso primero en la que reitera que no hubo consentimiento contractual para la celebración del contrato de 2009.



En efecto, partiendo de los hechos considerados probados por la sentencia recurrida es evidente a juicio de esta sala que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, el correo por el que el demandante contestaba «OK» al correo de la empleada de la entidad no expresaba el consentimiento contractual a una oferta concreta de contrato sino la voluntad de continuar negociando la reestructuración. Así resulta del hecho de que las negociaciones se estuvieran haciendo a través del abogado del cliente, el que el Banco enviara al abogado una propuesta de contrato y que el abogado enviara en contestación una carta a la entidad bancaria en la que manifestaba las discrepancias con algunos contenidos del contrato y que la respuesta del Banco a esta carta fuera el envío al cliente, y no al abogado, de un correo en el que se pedía el «OK» para «poder llevar a cabo la reestructuración de su producto estructurado», pero sin adjuntarle ni la propuesta ya enviada al abogado ni una nueva propuesta. Confirman esta conclusión de inexistencia de consentimiento contractual las negativas reiteradas del cliente a firmar el documento contractual que con posterioridad a los correos le envió la entidad. Frente a ello no puede prevalecer la afirmación de esta última acerca de la existencia de un supuesto uso bancario del que resultaría que los contratos se perfeccionan por correo **electrónico** y la firma documental solo tiene la finalidad de completar el expediente. Ni tal uso le consta a la sala ni resulta razonable que en contratos de la importancia económica y la complejidad del litigioso sea suficiente la expresión de un «OK» a un correo que se refiere genéricamente a la «reestructuración» del producto adquirido en virtud de un contrato anterior, sin aportación siquiera del texto del contrato; máxime cuando la entidad había recibido una carta del abogado del cliente en la que se hacían propuestas de modificación de la oferta previamente enviada al mismo abogado. No se opone a esta conclusión el que el cliente no devolviera dos liquidaciones giradas por la entidad, pues la omisión de la devolución no subsana la falta del consentimiento contractual prestado, tal y como queda acreditado por el ejercicio de la acción de nulidad contractual.

La falta de consentimiento contractual determina la inexistencia del contrato de 4 de junio de 2009 («estructurado II») y, en consecuencia, debe concluirse que no se produjo la extinción del contrato del producto «estructurado I» celebrado en el año 2007. Al no entenderlo así la Audiencia procede estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, pronunciarnos sobre la validez del contrato de 2007.

2.- La acción de nulidad por error vicio de consentimiento del contrato de 2007 se refiere a un contrato de producto estructurado concertado el 15 de febrero de 2007, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre].

De esta doctrina importa destacar ahora los siguientes aspectos:

1.º) 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, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero , entre otras.

2.º) La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva «MiFID», aplicable por razones temporales al contrato celebrado el 15 de febrero de 2007, 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.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente.

3.º) Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la empresa de inversión ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición (sentencias 102/2016, de 25 de febrero y 411/2016, de 17 de junio). Los deberes de información que incumben a la entidad no desaparecen porque sea el cliente el que se dirige a la entidad con intención de invertir.

4.º) El deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato. En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre , reiteran que «[c]omo ya hemos recordado en otras ocasiones, "[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del Banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)».

5.º) Para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros. Es doctrina de la sala que tampoco el hecho de que en la contratación interviniera el asesor fiscal de la empresa excluye el carácter excusable del error (sentencias 633/2015, de 13 de noviembre , y 11/2017, de 13 de enero). No basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad (sentencia 549/2015, de 22 de octubre). Tampoco que la persona que contrata en representación del cliente sea director financiero de la empresa permite concluir que tuviera una experiencia y conocimiento del producto que excluyera la apreciación del error (sentencias 368/2017, de 8 de junio , y 400/2017, de 27 de junio).

6.º) Por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad esta sala ha reiterado que no puede identificarse la consumación del contrato con su perfección. La sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015 : i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo».

Como recuerda la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero , mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

De esta doctrina sentada por la sala resulta que a efectos del cómputo del *dies a quo* de la acción de nulidad del art. 1301 CC en el ámbito de contratos como el litigioso habrá que estar a la fecha del cumplimiento de las prestaciones de las partes, puesto que las liquidaciones que en este caso se producen a favor del cliente dependen de manera variable del valor de unos valores subyacentes.

3.- En el presente caso, la acción se ejerció dentro del plazo previsto legalmente pues el contrato, celebrado el 15 de febrero de 2007, vencía el 15 de febrero de 2010 y la demanda se interpuso el 27 de febrero de 2012, por lo que claramente, de acuerdo con lo dicho, no había transcurrido el plazo de cuatro años que, contra lo que sostiene el Banco, no debía computarse desde la celebración del contrato.

Por lo que se refiere al cumplimiento de los deberes de información, las partes discrepan acerca del contenido de la información que se suministró de manera verbal con anterioridad a la contratación. No consta sin



embargo que el Banco proporcionara una información precontractual mediante folletos y supuestos que reflejaran el riesgo asumido al contratar el producto y la información que figura en el propio contrato, si no va acompañada de las correspondientes explicaciones y simulaciones no tienen entidad suficiente para entender cumplido el deber que incumbía a la entidad. La alegación del Banco de que el cliente tenía experiencia inversora no puede compartirse por el hecho de que unos días después contratara con la misma entidad unos fondos de inversión en los que, por lo demás, el cliente perdió dinero. Tampoco el hecho de que el cliente se dirigiera a la entidad por sugerencia del director financiero de un grupo empresarial al que pertenecía su esposa comporta que el cliente pudiera obtener un asesoramiento financiero que liberara al Banco de sus obligaciones de información. Aunque se admitiera que el citado director financiero acompañó al cliente a una reunión, lo que las partes también discuten, tampoco ha quedado acreditado que se tratara de un experto en la contratación de productos como el litigioso y que el Banco quedara exonerado por ello de los deberes de información que le incumben.

De este modo, en nuestro caso, de acuerdo con la doctrina de la sala reseñada, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación del «estructurado I», sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado.

4.- Por todo lo anterior procede estimar la demanda interpuesta por el actor. La estimación de la demanda comporta la declaración de nulidad del contrato de fecha 4 de junio de 2009 por falta de consentimiento contractual y la nulidad del contrato de fecha 15 de febrero de 2007 por error vicio en el consentimiento.

Por lo que se refiere a las consecuencias de la estimación de la demanda hay que tener en cuenta que resultaba improcedente el comportamiento de la entidad demandada de cancelar el contrato de 2007 y aplicar a un nuevo contrato que no se llegó a celebrar la suma de ese primer contrato. Contra lo que dice la demandada no es cierto que ya procediera a restituir al cliente la inversión del primer contrato sino que, por su cuenta, la tuvo como aplicada a la contratación de un nuevo producto que no se llegó a contratar. En consecuencia, la declaración de nulidad por error del contrato de 2007 determina que las partes deban restituirse recíprocamente las prestaciones percibidas con los intereses desde el momento en que fueran abonadas, de acuerdo con la doctrina reiterada de esta sala sobre las reglas de la restitución recíproca. Por igual razón, el demandante deberá restituir a la entidad demandada las cantidades percibidas en virtud del «contrato» de fecha 4 de junio de 2009.

QUINTO.- Conforme a los arts. 394 y 398 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación.

Conforme a los arts. 394 y 398 LEC no se imponen las costas de la apelación porque el recurso debió ser estimado y se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

De conformidad con los apartados 8 y 9 de la disp. adic. decimoquinta LOPJ procede la pérdida del depósito para interponer el recurso por infracción procesal y la devolución del depósito para interponer el recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D. Remigio contra la sentencia dictada con fecha 12 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, en el rollo de apelación n.º 218/2014 .

2.º- Casar la citada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto ninguno y en su lugar:

2.º.1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por D. Remigio contra la sentencia 4/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona dictada en el juicio ordinario n.º 60/2013.

2.º.2.- Declarar la nulidad del contrato de fecha 4 de junio de 2009 por falta de consentimiento contractual y la nulidad por error vicio del consentimiento del contrato celebrado por las partes el 15 de febrero de 2007.

2.º.3.- Condenar a Banco Santander S.A. a restituir al demandante los 300.000 euros invertidos al celebrar el citado contrato de fecha 15 de febrero de 2007, con los intereses desde que abonó tal cantidad. De esa suma deberán descontarse las cantidades percibidas por el demandante tanto en virtud de este contrato como en



virtud del «contrato» de 4 de junio de 2009, con sus respectivos intereses desde las fechas en que fueran abonadas.

3º.- Imponer al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No imponer las del recurso de casación ni las del recurso de apelación. Imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia.

4.º- Devolver a la recurrente el depósito para interponer el recurso de casación y la pérdida del depósito para interponer el recurso por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ