



Roj: **STS 2180/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2180**

Id Cendoj: **28079110012019100356**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2019**

Nº de Recurso: **2438/2016**

Nº de Resolución: **352/2019**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2658/2016,**
STS 2180/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 352/2019

Fecha de sentencia: 25/06/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2438/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

RECURSO INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2438/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 352/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 25 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad Popular Banca Privada, S.A. representada por la procuradora María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de José Piñeiro Salguero. Es parte recurrida Concepción y Cristina, representada por la procuradora Blanca María Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de Juan Ignacio Sanz Caballero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Montse Montal Gibert, en nombre y representación de Concepción y Cristina, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona, contra la entidad Popular Banca Privada S.A., para que dictase sentencia por la que:

"[...] se disponga:

" (i) La declaración de nulidad contractual por ausencia de consentimiento del Contrato Financiero Atípico de 28 de noviembre de 2007, por causa de la falta de entrega contractual del mismo, con la obligada restitución de prestaciones entre las partes que se indican en esta demanda, con más los intereses devengados conforme a ley sobre la misma (cantidades referidas al Hecho Décimo).

" (ii) Subsidiariamente, la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contractuales indicadas en el presente escrito de demanda, con la consiguiente declaración de su incidencia en la existencia y/o producción de vicio del consentimiento de la demandante, determinante de la nulidad contractual y la consiguiente restitución de las prestaciones habidas (cantidades referidas en el Hecho Décimo).

" (iii) Subsidiariamente, la declaración de nulidad contractual del Contrato Financiero Atípico de 28 de noviembre de 2007 por causa de concurrencia de vicio de consentimiento padecido por parte de la Demandante en la modalidad de error, con restitución de prestaciones entre las (cantidades referidas en el Hecho Décimo).

" (iv) Subsidiariamente, la declaración de incumplimiento de obligaciones en materia de asesoramiento por la demanda a mi principal y resolución del Contrato Financiero Atípico de 28 de noviembre de 2007, con efectos desde el mismo inicio de su realización, con restitución de prestaciones entre las partes que se indican en esta demanda, con más los intereses devengados conforme a la ley sobre la misma (cantidades referidas al Hecho Décimo).

" (v) Subsidiariamente, la declaración de incumplimiento por la demandada de obligaciones de preservación del interés de mi principal y de transparencia e información durante la vigencia del Contrato Financiero Atípico, junto a la acción de reclamación de responsabilidad por daños y perjuicios, con resolución del contrato financiero atípico con efectos desde el mismo inicio de vigencia contractual y restitución de prestaciones entre las partes que se indican en esta demanda, con más los intereses devengados conforme a ley sobre la misma (cantidades referidas en el Hecho Décimo) y,

" (vi) Y, todo ello, con la declaración de nulidad de la póliza de crédito de fecha 27 de noviembre de 2007, con restitución de las prestaciones habidas en virtud entre las partes, así como del documento precontractual de 19 de noviembre de 2007.

" (vii), finalmente, con expresa imposición de costas, gastos e intereses a la entidad demandada, que se hubieran devengado con ocasión del presente procedimiento judicial y su completa tramitación, así como el reconocimiento y entrega a la demandada de la titularidad de las acciones recibidas por mi principal."

2. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de la entidad Popular Banca Privada S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"[...] desestime íntegramente la demanda y condenando en costas a las actoras".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimo íntegramente la demanda formulada a instancia de Concepción y Cristina, representadas por la Procuradora de los Tribunales Doña Montserrat Montal Gibert y asistidas por el Letrado Don Juan



Ignacio Sanz Caballero, contra la mercantil "Popular Banca Privada S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio López Chocarro y asistida por el Letrado Don José Piñero Salguero, que versa sobre acción de nulidad de contrato y otros pronunciamientos y, en consecuencia,

"1. Declaro la nulidad del Contrato Financiero Atípico de fecha 28 de noviembre de 2007, con la obligada restitución de prestaciones entre las partes, concretadas en el principal invertido (900.000.- euros), menos los intereses percibidos por la parte actora, más el interés legal del dinero en concepto de coste de oportunidad por la rentabilidad que se hubiera obtenido en otro caso en una inversión sin riesgo, concretado en un tipo de interés a determinar en ejecución de Sentencia debiéndose cuantificar el mismo con referencia al tipo de interés legal del dinero aplicable a cada anualidad durante el transcurso de la inversión, con más la devolución de las acciones recibidas por la parte actora en fecha 28 de noviembre de 2.011 (126.894 acciones de ENEL Spa).

"2. Declaro la nulidad de la póliza de crédito de fecha 27 de noviembre de 2.007, suscrita para financiar un tercio de la inversión, con restitución de las prestaciones habidas en su virtud entre las partes, que deberá incluir los intereses cualquier otro concepto como comisiones, gastos y renovaciones sufragados por la parte actora, así como del documento precontractual de fecha 19 de noviembre de 2.007.

"3. Condeno a la parte demandada al pago de las costas, gastos e intereses que se hubieran devengado como consecuencia de la tramitación del presente procedimiento, y declaro la obligación de la parte actora de entrega a la parte demandada de la titularidad de las acciones percibidas por la demandante referenciadas en el primer pronunciamiento del fallo de la presente Sentencia".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Popular Banca Privada S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 31 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Concepción y Dña. Cristina contra la sentencia de 8 de mayo de 2014 dictada por la Sra. Juez del juzgado de primera instancia número 53 de esta ciudad que confirmamos íntegramente siendo de cargo de la parte apelante el pago de las costas de esta alzada.

"Con pérdida del depósito consignado."

Con fecha 6 de mayo de 2016, se dictó auto de rectificación, cuya parte dispositiva es como sigue:

"La Sala acuerda: Rectificar el fallo de la sentencia dictada por la Sala el 31 de marzo de 2016 en el sentido de que donde dice "Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Concepción y Dña. Cristina contra la sentencia de 8 de mayo de 2014 dictada por la Sra. Juez del juzgado de primera instancia número 53 de esta ciudad que confirmamos íntegramente siendo de cargo de la parte apelante el pago de las costas de esta alzada", ha de decir "Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Popular Banca Privada, S.A. contra la sentencia de 8 de mayo de 2014 dictada por la Sra. Juez del Juzgado de primera instancia número 53 de esta ciudad que confirmamos íntegramente siendo de cargo de la parte apelante el pago de las costas de esta alzada".

TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de la entidad Popular Banca Privada S.A., interpuso recurso extraordinario de infracción procesal ante la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española y art. 326 de la LEC .

"2º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española y art. 376 de la LEC .

"3º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española y art. 319 de la LEC .

"4º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española y art. 386 de la LEC ".

2. Por diligencia de ordenación de 6 de julio de 2016, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona tuvo por interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.



3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Popular Banca Privada S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez; y como parte recurrida Concepción y Cristina representadas por la procuradora Blanca María Grande Pesquero.

4. Esta sala dictó auto de fecha 30 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Popular Banca Privada S.A. contra la sentencia dictada con fecha 31 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), en el rollo de apelación 589/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 11/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona".

5. Dado traslado, la representación procesal de Concepción y Cristina presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de junio de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 28 de noviembre de 2007, Concepción y Cristina, con el asesoramiento de Anton, adquirieron de Popular Banca Privada un producto financiero complejo, denominado "Contrato financiero atípico", por un importe de 900.000 euros. De esta suma, 300.000 euros eran objeto de financiación por el banco. Este producto podría llegar a dar una gran rentabilidad, pero conllevaba graves riesgos de pérdida de la suma invertida.

El Sr. Anton llevaba muchos años asesorando a Concepción y Cristina, y a su familia, en materia fiscal e inversiones. Fue él quien les sugirió que realizaran esa inversión en aquel producto financiero complejo. El Sr. Anton también tenía la condición de agente del banco.

Con anterioridad a la firma del contrato, se recabó de las clientes el test de conveniencia. Además, el contrato vino precedido de un precontrato de fecha 19 de noviembre de 2007.

2. Concepción y Cristina, en su demanda, ejercitaron las siguientes acciones: i) La de nulidad del contrato por falta de consentimiento; ii) subsidiariamente, la de nulidad de determinadas cláusulas contractuales por abusivas, con la consiguiente declaración de incidencia en la existencia y/o producción de vicio de consentimiento de la demandante, determinante de la nulidad contractual y la consiguiente restitución de las prestaciones habidas; iii) subsidiariamente, la de nulidad del contrato por error vicio, con la consiguiente restitución de prestaciones; iv) subsidiariamente, la declaración de incumplimiento de obligaciones en materia de asesoramiento por PBP y resolución del contrato financiero atípico de 28 de noviembre de 2007, con restitución de prestaciones, más los intereses devengados; v) subsidiariamente, la declaración de incumplimiento por la demandada de la obligación de preservación del interés de las clientes (Concepción y Cristina) y de transparencia e información durante la vigencia del contrato financiero atípico, junto a la acción de reclamación de responsabilidad por daños y perjuicios con resolución del contrato financiero atípico con efectos desde el mismo inicio de vigencia contractual y restitución de las prestaciones entre las partes que se indican en esta demanda, con más los intereses devengados conforme a ley sobre la misma; vi) todo ello con la declaración de nulidad de la póliza de crédito de fecha 27 de noviembre de 2007 y restitución de las prestaciones habidas entre las partes, así como del documento precontractual de 19 de noviembre de 2007.

3. La sentencia de primera instancia estimó la nulidad del contrato de 28 de noviembre de 2007, por falta de consentimiento y por error vicio en el consentimiento de las demandantes, provocado por el incumplimiento por el banco de los deberes de información. Junto con la nulidad del contrato, ordenó la restitución de prestaciones entre las partes y declaró también la nulidad de la póliza de préstamo para financiar un tercio de la inversión.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia desestima el recurso, al apreciar que el banco había prestado una deficiente información lo que le permite presumir en las clientes demandantes una falta de conocimiento suficiente sobre el producto y los riesgos asociados que vicia el consentimiento. Sin que esta presunción haya sido desvirtuada. De tal forma que confirma la declaración de nulidad por error vicio, con las consecuencias declaradas por la sentencia de primera instancia.

La sentencia de apelación, en el fundamento jurídico sexto lleva a cabo una valoración de la prueba practicada, en relación con el cumplimiento de los deberes de información, que trascibimos en atención a que los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se basan en la impugnación de esta valoración.

El contenido del fundamento jurídico sexto de la sentencia de apelación es el siguiente:

"I.- El caso que nos ocupa es ciertamente singular porque no tenemos ninguna duda acerca de que la entidad demandada transmitió al Sr. Anton toda la información necesaria para el correcto conocimiento del producto puesto que personalmente había manifestado interés en contratar algún producto estructurado, como así hizo en cantidad muy superior a la concertada por las actoras.

"También tenemos la certeza de que el mencionado receptor comprendió a la perfección el funcionamiento del producto finalmente contratado como así lo reconoció en su declaración testifical y es fácilmente presumible atendida su cualificación profesional (ingeniero industrial, inspector de Hacienda y consultor).

"La entidad financiera remitió al indicado gestor el folleto aportado como documento número 19 de la contestación (f.301) que relaciona varios productos estructurados de los que el Sr. Anton eligió el de autos (pg. 16 del folleto) denominado Autocall 5 YRS referido a un plazo de 5 años, autocancelable y con acciones subyacentes de Telefónica y Enel.

"En el mencionado folleto se advierte de que el "riesgo del producto consiste en que, a vencimiento, el inversor podría recibir unidades de la acción subyacente con peor comportamiento, las cuales, sin fueran vendidas en el mercado en ese momento, reportarían al inversor una cantidad inferior al Importe Nominal inicialmente invertido, pudiendo alcanzar, en supuestos extremos, la pérdida parcial o total del importe de la inversión".

"Respecto al mecanismo operativo del producto, el folleto señalaba lo siguiente:

"Año 1: Si todas las acciones cierran por encima de su Precio Inicial "la estructura" paga un cupón del 27% y cancela. En caso contrario el producto continúa.

"Año 2: Si todas las acciones cierran por encima de su Precio Inicial "la estructura" paga un cupón del 54% y cancela. En caso contrario el producto continúa.

"Año 3: Si todas las acciones cierran por encima de su Precio Inicial "la estructura" paga un cupón del 81% y cancela. En caso contrario el producto continúa.

"Año 4: Si todas las acciones cierran por encima de su Precio Inicial "la estructura" paga un cupón del 108% y cancela. En caso contrario el producto continúa.

"Año 5: Si todas las acciones cierran por encima de su Precio Inicial "la estructura" paga un cupón del 135% y cancela. En caso contrario: a) Si la acción con peor comportamiento cierra por encima del 60% de su Precio Inicial se devuelve el valor nominal, b) Si la acción con peor comportamiento cierra por debajo del 60% de su Precio Inicial, el cliente recibe acciones de dicho valor compradas al 100% del Precio Inicial.

"El número de acciones a percibir será el resultado de dividir el nominal invertido (900.000 euros) por el precio inicial, entendiendo por precio inicial el precio oficial de cierre en el mercado de cotización de cada acción en la fecha de observación pactada, que para el último año era el día 21 de noviembre de 2012 (f. 250 v.)

"II.- La entidad demandada transmitió también al despacho, como antes hemos visto, el precontrato suscrito por el Sr. Anton en su propio interés y el despacho generó otro con igual clausulado (cambiando nominal y clientes) que fue firmado por las demandantes, por lo que el Sr. Anton pudo examinar los términos de la contratación antes de decidirse a suscribirla.

"Sin embargo, la declaración testifical del mencionado Sr. Anton corrobora la de la representante del Banco Sra. Debora en el sentido de que la comunicación era entre ellos dos sin intervención de las actoras, señalando la Sra. Debora que "durante varios meses estuvimos viendo estructurados vía mail y en reuniones con Anton en su despacho, luego Anton transmitía la información, esto es lo que suele hacer". "Yo sé lo que yo le transmití a él y él me dice que todo se lo transmitía al cliente".

"Pues bien, preguntado el Sr. Anton acerca de la información transmitida contestó que "Este producto tenía un protección del 60%, es decir, que si las acciones no bajaban del 60% se recuperaba el dinero. Era una especie de garantizado, luego lo que pasó fue que la Bolsa bajó mucho más".

"Preguntado acerca de si informó a las actoras de que podían perderlo todo contestó que "perderlo todo es imposible porque se trata de sociedades importantes y que vayan a cero, todo puede pasar pero no es esperable. Lo que se plantea es una operación apalancada para que tengan rentabilidad y a su vez un riesgo importante si las acciones caen mucho".

"II.- (sic) La cuestión nuclear es por tanto la de determinar si las actoras pudieron conocer el riesgo de la operación y lo cierto es que no tenemos pruebas de que así fuera porque el Sr. Anton reconoció haber considerado que "con esta protección del 60% tenía garantizada la devolución del dinero", lo que significa que transmitió una idea de confianza y seguridad en el producto. No explicó la manera en que las había planteado la



operación sino que sostuvo que "en una relación de confianza ellas me preguntaron lo que creyeron oportuno", añadiendo que "comprendieron lo esencial, que tenía riesgo", llegando a decir que se trataba de una especial de garantizado, lo que resulta contradictorio con las manifestaciones antes expresadas acerca de la protección que tenía el producto, y que en cualquier caso no acredita el tipo de riesgo que las actoras podían estar dispuestas a asumir, admitiendo finalmente que pudo influir en la decisión de las actoras el hecho de que él mismo hubiera invertido en igual producto.

"En esta peculiar relación contractual las actoras ignoraban que su gestor de confianza era, a su vez, comisionista del banco en cuyos productos les aconsejaba invertir, y actuaron en la confianza de la relación y en el hecho de que el propio gestor había invertido en el mismo producto, por lo que no debió suscitarseles ninguna duda acerca de su bondad pero que no sirve para acreditar que ambos inversores estuvieran en igual situación de conocimiento del riesgo.

"La entidad demandada sí conocía obviamente el carácter de agente del Sr. Anton , por lo que de ningún modo podía ampararse en la declaración que figura en el test practicado a las actoras, en el que refieren que estaban asesoradas por persona de su confianza, porque esta duplicidad es inconcebible y contraria al propio contenido del contrato de agencia, del que claramente resulta que el Sr. Anton tan solo era presentador de los clientes y que la posterior gestión de la contratación debía llevarla a cabo el banco.

"En cualquier caso, era de cargo de la demandada asegurarse de que la información al cliente había sido correcta y cabalmente transmitida, pues aunque pudiera no ser esperable que las acciones descendieran más allá del 60% de su valor inicial, el riesgo existía y debía ser claramente transmitido, en tanto que ya hemos visto que de la declaración testifical del Sr. Anton no puede inferirse una información clara y completa de las consecuencias y riesgos del producto".

5. Frente a la sentencia de apelación el banco demandado formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cuatro motivos.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo primero se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia:

"la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba documental privada (artículo 326 de la LEC). Errónea e ilógica valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida respecto de la información suministrada a las demandantes sobre el producto contratado y, en particular, sobre sus riesgos".

En el desarrollo del motivo se aduce que "sin perjuicio de que (...) la sentencia recurre de forma inadecuada a la presunción judicial para inducir esta pretendida falta de conocimiento (por las demandantes sobre el producto contratado y los riesgos asociados que vicia el consentimiento), lo cierto es que en la documentación del producto contratado constaban, con absoluta claridad, los riesgos asociados al producto y, muy particularmente, el riesgo de pérdida parcial o total de la inversión". E identifica las menciones que al respecto se encuentran con toda claridad en el folleto, en el precontrato de 19 de noviembre de 2007 y en el contrato de 28 de noviembre de 2007.

La Audiencia no podía afirmar con toda rotundidad que no tenía pruebas de que las actoras pudieran conocer el riesgo de la operación, puesto que de aquella documentación, que no se discute fuera entregada a los clientes, resulta con absoluta claridad que, en tres ocasiones (al ser informadas del producto, al firmar el precontrato y al firmar el contrato definitivo), se informó del riesgo de pérdida de hasta el 100% de la inversión.

2. *Formulación del motivo segundo* . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia:

"la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba testifical (artículo 376 de la LEC). Errónea e ilógica valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida respecto de la información suministrada a las demandantes sobre el producto contratado y, en particular, sobre sus riesgos".

En el desarrollo del motivo se aduce que la sentencia recurrida considera probado que el Sr. Anton "asesoró a las actoras sobre qué hacer con el dinero obtenido con la compra indicada" y que "comprendió a la perfección el funcionamiento del producto finalmente contratado (por las demandantes)"; y, luego, niega que informara a las demandantes de manera "clara y completa de las consecuencias y riesgos del producto".

El recurrente extracta la valoración que al respecto hace la Audiencia de la testifical del Sr. Anton :

"La cuestión nuclear es por tanto la de determinar si las actoras pudieron conocer el riesgo de la operación y lo cierto es que no tenemos pruebas de que así fuera porque el Sr. Anton reconoció haber considerado que "con esta protección del 60% tenían garantizada la devolución del dinero", lo que significa que transmitió una idea



de confianza y seguridad en el producto. No explicó la manera en que les había planteado la operación sino que sostuvo que "en una relación de confianza ellas me preguntaron lo que creyeron oportuno", añadiendo que "comprendieron lo esencial, que tenía riesgo", llegando a decir que se trataba de una especie de garantizado, lo que resulta contradictorio con las manifestaciones antes expresadas acerca de la protección que tenía el producto, y que en cualquier caso no acredita el tipo de riesgo que las actoras podían estar dispuestas a asumir, admitiendo finalmente que pudo influir en la decisión de las actoras el hecho de que él mismo hubiera invertido en igual producto".

Y, a continuación, explica por qué la Audiencia incurre en arbitrariedad o error notorio al valorar esa prueba, al confrontar lo extractado en la sentencia de la testifical del Sr. Anton con la transcripción de esta testifical:

"0:19:12-Testigo (D. Anton): No, pero genéricamente, en este tipo de inversión, evidentemente, la rentabilidad es bastante alta o muy alta, va ligada a un cierto riesgo. Pero había una protección. Yo recuerdo que este producto, tengo que explicarlo, quizás sea innecesario, pero yo le digo, tenía una protección de un 60%, es decir, si las acciones (...) no bajaban del 60% se recuperaba el dinero, era como una especie de garantizado. Luego la Bolsa, lo que pasó es que bajó mucho más. Decirles, "oiga, usted puede perderlo todo". Primero perderlo todo es imposible, porque las dos subyacentes son Telefónica y Enel, Enel es la empresa nacional eléctrica italiana que es la dueña de Endesa, hombre, que esas dos sociedades vayan a cero, todo puede pasar en la vida pero no es esperable. Lo que se plantea es una operación con... apalancada para que tenga mucha rentabilidad, y a su vez con un determinado riesgo que puede ser importante si las acciones caen mucho, que es lo que pasó.

"0:20:21- Jueza: Pero lo que les trasladó en principio es que estaba garantizado por esta cantidad.

"0:20:26- Testigo (D. Anton): No, yo no, no, el garantizado era el del Bankinter. Éste no era un estructurado garantizado...

"0:24:16- Testigo (D. Anton): Yo les expliqué lo suficiente, pero usted si se lee el contrato, era un contrato muy sofisticado, entiende las fórmulas que tiene... yo tengo formación, soy ingeniero y soy economista, pero que esto no es para una persona, digamos, normal, en el sentido de entender lo que son las tripas del contrato. Lo que es... para conducir no hace falta ser mecánico, una cuestión es diseñar un coche y la otra es conducir un coche. Ellos lo único que necesitaban y yo lo entendía, es que iban a conducir un coche y los riesgos que lleva, pues que no hay que pasar de 120, no hay que... no hay que... en fin, esas cosas.

"0:26:30- Testigo (D. Anton): Ellos comprendieron lo que necesitaban entender, que era si eso tenía riesgo o no tenía riesgo, sí, lo tenía, era evidente, nadie, o sea, apalancarse ya es un riesgo. Comprar un producto, cualquier producto aunque sea renta fija, con una financiación del banco ya tiene riesgo. Si encima ese producto da una rentabilidad muy alta, aunque tenga unas protecciones tiene riesgo. ¿Sabían que tenía riesgo? Sí, porque invirtieron en otras cosas que no lo tenían.

"0:27:45-Abogada: ¿En algún momento le trasladaron las señoras Cristina (sic) y Concepción , que no comprendía que están otorgando un consentimiento sin saber lo que estaban haciendo?-

"0:27:55- Testigo (D. Anton): No, no, no.

"0:29:07- Jueza: ¿Usted esto se lo explicó así, digamos, con un papel?

"0:29:10- Testigo (D. Anton): No, no, con un papel no, con... hay reuniones periódicas en las cuales se le hace una explicación, lo llevábamos en un Power Point y se le explicaba con detenimiento.

"0:29:20- Jueza: Vale.

"0:29:21- Testigo (D. Anton): Y además les hacíamos un gráfico de las cotizaciones de los subyacentes.

"0:29:25- Jueza: ¿Y en ese gráfico se explicaba una posible situación que llegados los cinco años...?

"0:29:31- Testigo (D. Anton): Hombre claro.

"0:29:32- Jueza: ¿... el vencimiento final, si bajaban del ese 60%, únicamente recibía las acciones de haber sufrido mayor depreciación, o que podía implicar en algún caso perder la inversión? ¿Esto se les dijo así?

"0:29:46- Testigo (D. Anton): Sí".

El recurrente denuncia que la Audiencia haya prescindido absolutamente de estas afirmaciones y haya concluido que no había prueba de que las Sras. Concepción y Cristina conocieran el riesgo de la operación.

3. Estimación de los motivos primero y segundo . Procede analizar conjuntamente ambos motivos porque denuncian la errónea valoración de la prueba, en un caso documental y en otro testifical, en relación con la acreditación de un mismo hecho (si las clientes demandantes fueron informadas de los riesgos que entrañaba el producto financiero que adquirirían, y en concreto el de pérdida total o parcial de la inversión).



Hemos de partir de la doctrina de esta sala sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC . La doctrina de la sala al respecto se contiene en la sentencia 229/2019, de 11 de abril :

"El recurso de infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , 44/2015, de 17 de febrero , 303/2016, de 9 de mayo , y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales".

En nuestro caso el error denunciado se refiere a la acreditación de un hecho, si el Sr. Anton explicó a la Sras. Concepción y Cristina los riesgos que entrañaba el producto financiero que adquirirían. Este hecho es muy relevante porque sobre él se apoya la decisión del tribunal de instancia de presumir el error vicio en la adquisición del producto financiero.

Pero el error en la valoración de la prueba debe ser notorio y evidente, a la vista de lo actuado en el juicio. En nuestro caso, este error debería desprenderse directamente de la lectura de los tres documentos mencionados (el folleto, el contrato privado y el contrato de adquisición) y del interrogatorio del Sr. Anton .

Se denuncia que la Audiencia, a pesar de esta prueba practicada, haya concluido que no estaba acreditado que las clientas demandantes hubieran sido informadas de los riesgos del producto financiero que adquirirían.

El folleto del producto, entregado antes de la contratación del producto, contiene una mención en la que expresamente advierte que el riesgo del producto puede alcanzar, en supuestos extremos, la pérdida parcial o total del importe de la inversión.

En la transcripción de la testifical del Sr. Anton expresamente se afirma que explicó a sus clientas el producto en el que invertían, en concreto, su resultado en función de la evolución de los valores subyacentes. También que, cuando la juez expresamente le preguntó si había explicado a las clientes que, llegado el vencimiento final, si bajaban del 60% únicamente recibirían las acciones y que podía implicar en algún caso perder la inversión, el Sr. Anton contestó claramente que "sí".

A la vista de estas pruebas y, sin perjuicio de la valoración jurídica consiguiente sobre el cumplimiento de las exigencias de información contenidas en la normativa pre-MiFID, no puede concluirse que las señoras Concepción y Cristina no hubieran sido informadas del riesgo de pérdida de la inversión sin incurrir en un error notorio o en arbitrariedad. Conviene aclarar que, en este caso, la sentencia advierte que no ha quedado acreditado este hecho, sin que, por la singularidad del hecho positivo objeto de acreditación, pudiera haber otra prueba que acreditara lo contrario o hubiera contribuido, mediante una valoración conjunta, a declarar probado lo contrario.

TERCERO. *Consecuencias de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. La estimación del recurso extraordinario por infracción conlleva en este caso que dejemos sin efecto la sentencia de apelación y asumamos la instancia, a partir de todo lo argumentado hasta ahora y en relación con las acciones ejercitadas. En concreto, procede en primer lugar resolver el recurso de apelación formulado por el banco demandado frente a la sentencia de primera instancia.

La sentencia de primera instancia había estimado la pretensión de nulidad de la adquisición del producto complejo y del préstamo de parte del precio, por considerar primero que había falta de consentimiento y luego que el consentimiento prestado por las adquirentes estaba viciado por error. El error vicio habría venido provocado por el incumplimiento de los deberes de información previstos en la normativa pre MiFID para la comercialización de productos financieros complejos.

2. La prueba documental, consistente en el folleto, la propuesta de contrato y los propios contratos de adquisición del producto financiero y de financiación, así como la testifical del Sr. Anton prueban que los demandantes prestaron su consentimiento a la adquisición del producto de forma apalancada, en la medida en que una parte del precio fue financiada por el propio banco. De hecho, la propia Audiencia al resolver el recurso de apelación partió de esta realidad, pues se ciñó en su fundamentación a resolver sobre la concurrencia de error vicio y la falta de información.



El banco, al apelar la sentencia, negó que hubiera habido incumplimiento de los deberes de información. Insistió en que había facilitado a las adquirentes documentación en la que se informaba sobre el producto financiero y sobre los riesgos, y el asesor por medio del cual adquirieron el producto, el Sr. Anton , reconoció en el juicio que había recibido toda esa información y la había trasladado a sus clientes, las adquirentes.

3. El contrato de adquisición del producto financiero se concertó en noviembre 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].

4. Es jurisprudencia constante de esta sala que "lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo" (sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

5. En el marco de estas exigencias contenidas en la normativa pre MiFID, la entidad financiera demandada (PBP) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible a las adquirentes (Concepción y Cristina) que les permitiera conocer no sólo cómo funcionaba el producto, sino también los riesgos concretos que generaba. También el que podía derivarse de que, al vencimiento, la cotización del valor de referencia hubiera bajado del 60%.

La testifical del Sr. Anton prueba que intervino en la contratación del producto financiero como asesor de las adquirentes, pues había asesorado a la familia durante muchos años. Fue él quien les sugirió a las demandantes la adquisición de este producto. Conocía que era un producto de gran rentabilidad que llevaba asociado un riesgo de pérdida parcial o total de la inversión. Al Sr. Anton se le entregó el folleto del producto con antelación a la firma de la orden de adquisición y del contrato que financiaba parte del precio de adquisición. Este folleto contenía una advertencia clara sobre los riesgos de pérdida de la inversión:

"el riesgo del producto consiste en que, a vencimiento, el inversor podría recibir unidades de la acción subyacente con peor comportamiento, las cuales, si fueran vencidas en el mercado en ese momento, reportarían al inversor una cantidad inferior al Importe Nominal inicialmente invertido, pudiendo alcanzar, en supuestos extremos, la pérdida parcial o total del importe de la inversión".

El Sr. Anton reconoció, a preguntas de la juez de primera instancia, que antes de la adquisición informó a sus asesoradas, en términos que pudieran comprenderlo, de en qué consistía el producto, la gran rentabilidad que podía llegar a dar y, al mismo tiempo, del reseñado riesgo de pérdida total o parcial de la inversión.

Sobre la base de estos hechos, debemos concluir que el banco demandado cumplió los deberes de información porque suministró al Sr. Anton la información necesaria para conocer las características del producto y sus riesgos, con antelación suficiente a su adquisición, y el Sr. Anton transmitió esta información a la Sra. Concepción y la Sra. Cristina , que adquirirían bajo su asesoramiento.

6. De tal forma que no ha habido incumplimiento de los deberes de información sobre el que pudiera justificarse la existencia de error vicio en la contratación. En consecuencia, procede revocar la sentencia de primera instancia, sin perjuicio de entrar a resolver el resto de pretensiones subsidiarias de la demanda, salvo la relativa a la nulidad de las cláusulas abusivas del contrato porque al tiempo en que fue presentada la demanda el juzgado de primera instancia carecía de competencia objetiva, en la medida en que el control de las condiciones generales de la contratación era competencia exclusiva y excluyente de los juzgados de lo mercantil (art. 86 ter.2 d LOPJ).



7. Subsidiariamente a la nulidad del contrato de adquisición se pidió en la demanda la resolución del contrato por haber incumplido el banco sus obligaciones en materia de asesoramiento financiero o recomendación de inversiones.

Procede desestimar esta pretensión porque, por una parte, las demandantes concurrieron a la adquisición del producto con el asesoramiento del Sr. Anton , que era asesor de la familia desde hacía muchos años, y consta además acreditado por la declaración testifical del propio Sr. Anton , que les explicó la alta rentabilidad y el riesgo que asumían.

Por otra parte, es reiterada la jurisprudencia de la sala que considera que no puede fundarse una acción de resolución de un contrato de adquisición de productos financieros en el incumplimiento de deberes previos a la contratación, al amparo del art. 1124 CC , "dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento" (sentencia 491/2017, de 13 de septiembre).

Tampoco puede prosperar la petición de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de legales de información y transparencia, y preservación de los intereses de las demandantes, durante la vigencia del producto, porque el banco ha acreditado que fue informando a las Sras. Cristina y Concepción , por medio del Sr. Anton , de la evolución de los valores subyacentes. En el contrato se estipularon unas fechas de observación en las que debía revisarse la variación de los valores subyacentes, que influía en el valor real del producto, y constan aportadas con la contestación a la demanda comunicaciones del banco sobre esas valoraciones.

CUARTO. Costas

1. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

2. Estimado el recurso de apelación de Popular Banca Privada, tampoco hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

3. Desestimadas todas las pretensiones de la parte demandante, procede imponerles las costas generadas en primera instancia (art. 394 LEC).

FALLO

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

1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Popular Banca Privada, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1.ª) de 31 de marzo de 2016 , que dejamos sin efecto y en su lugar acordamos lo siguiente.

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Popular Banca Privada, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona (juicio ordinario 11/2013), que revocamos y en su lugar acordamos lo siguiente.

3.º Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Concepción y Cristina contra Popular Banca Privada, S.A., a quien absolvemos de todas las pretensiones ejercitadas con ella.

4.º No imponer las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de apelación. E imponer las costas de primera instancia a las demandantes.

5.º Se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario 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.