



Roj: **STS 3460/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3460**

Id Cendoj: **28079110012016100474**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2016**

Nº de Recurso: **189/2013**

Nº de Resolución: **474/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 1555/2012,**
STS 3460/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 428/2012 de 28 de noviembre, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1516/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid, sobre nulidad contractual. El recurso fue interpuesto por Gestión de Cargas, S.A., representada por la procuradora D.ª María Esperanza Azpeitia Calvin y asistida por el letrado D. Juan Francisco Llanos Acuña. Es parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado por la procuradora D.ª Ana María Llorens Pardo y asistido por el letrado D. Borja Sainz de Aja Tirapu.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Aurora Palomera Ruiz, en nombre y representación de Gestión de Cargas, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que estimando los pedimentos de esta demanda, declare la nulidad de los contratos con números de referencia B00002023703 y B0000292364 con sus consecuencias legales y, subsidiariamente, previa declaración de malas prácticas bancarias denunciadas, condene a la demandada al pago de la indemnización correspondiente, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- La demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid y fue registrada con el núm. 1516/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Consuelo Verdugo Regidor, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, previo a contestar a la demanda, formuló declinatoria por falta de jurisdicción.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid con fecha 21 de junio de 2011 dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Haber lugar a apreciar la falta de competencia jurisdiccional invocada por la representación de la demandada, la entidad BBVA, para conocer de la acción ejercitada en el presente procedimiento, respecto a los contratos de fecha 23 de abril de 2008 y 19 de junio de 2009, por haber sometido las partes la cuestión a Arbitraje ante



la Corte de Madrid, manteniendo la competencia de este Juzgado para conocer del primero de los contratos suscrito entre las partes con fecha 8 de mayo de 2007, siguiendo respecto a éste con la tramitación legalmente prevista, todo ello sin imposición de costas».

Con fecha 6 de septiembre de 2011, se dictó auto desestimando el recurso de reposición formulado por la presentación del BBVA, manteniendo el auto de 21 de junio de 2011 .

La procuradora D.^a Consuelo Verdugo Regidor en representación del Banco Bilbao Vizcaya, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid, dictó sentencia núm. 58/2012 de fecha 27 de marzo de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo desestimar como desestimo la demanda ejercitada por la representación de la mercantil Gecarsa frente a la entidad BBVA, S.A., al no concurrir los requisitos exigibles para que pueda prosperar la acción ejercitada, no apreciándose vicios en la contratación susceptibles de constituir vicio invalidante o vulneración de los deberes de información contractualmente exigibles a la demandada, todo ello sin imposición de costas del procedimiento a ninguna de las partes intervinientes».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Gestión de Cargas, S.A. La representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, que lo tramitó con el número de rollo 267/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 428/2012 en fecha 28 de noviembre , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de la entidad Gestión de Cargas, S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid en fecha 27 de marzo de 2012, en los autos a que se refiere este rollo, debemos confirmar y confirmamos la aludida resolución con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D.^a Aurora Palomera Ruiz, en representación de Gestión de Cargas, S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.3 y 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se recurre la sentencia de instancia por infracción de los artículos 1261 a 1266 CC en relación con los artículos 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito , 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), artículo 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación , artículo 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores , y concordantes, ello con base en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la prestación de un consentimiento válido para la contratación de permutas financieras de tipos de interés».

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 27 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Gestión de Cargas, S.A. (Gercasa) contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1^a, en el rollo de apelación nº 267/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 1516/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid.

» 2. Dese 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».

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



4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de junio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- La entidad Gestión de Cargas, S.A. (en lo sucesivo, Gestión de Cargas) presentó demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en lo sucesivo, BBVA o el banco) en la que solicitó que se declarara la nulidad de una serie de contratos, por concurrencia de error vicio en el consentimiento a causa de la defectuosa información facilitada por el banco, o, subsidiariamente, se le condenara a indemnizarle los daños y perjuicios causados por las malas prácticas bancarias de BBVA.

Tras estimar la declinatoria de falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje con relación a las acciones ejercitadas respecto de dos contratos y quedar reducido el objeto del proceso a las acciones relativas al contrato de permuta financiera de tipos de interés y opción *knock-out* sobre acciones de BBVA de 8 de mayo de 2007, novado modificativamente mediante el contrato de 7 de mayo de 2009, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

2.- Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Asumió los razonamientos de la sentencia de primera instancia y consideró que a la vista de la intervención que había tenido el administrador de Gestión de Cargas y de su directora financiera en la contratación del producto y de las características tanto de la sociedad demandante como de su administrador, familiarizados con la contratación de este tipo de productos, no había existido error en el consentimiento ni conducta dolosa o negligente del banco que hubiera generado la obligación de indemnizar a la demandante.

3.- Gestión de Cargas ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia, basado en un motivo.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso de casación.*

1.- El encabezamiento del único motivo del recurso de casación es el siguiente:

«Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.3 y 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se recurre la sentencia de instancia por infracción de los artículos 1261 a 1266 CC en relación con los artículos 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), artículo 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, artículo 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores, y concordantes, ello con base en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la prestación de un consentimiento válido para la contratación de permutas financieras de tipos de interés».

2.- Los razonamientos que se exponen para fundar el recurso son, expuestos sucintamente, que el banco debe facilitar la información que le exige la normativa bancaria y del mercado de valores con independencia del perfil del contratante, por tratarse de una exigencia legal, y en este caso, dicha información no ha sido facilitada. La información exigida por esta normativa no puede ser sustituida por la somera explicación ofrecida en una conversación telefónica. Si el banco ha incumplido sus obligaciones legales de información sobre el producto complejo ofertado, lo presumible, afirma la recurrente, es que estemos ante un supuesto de vicio de consentimiento pues la sociedad demandante es un cliente minorista, no experto, y nunca ha suscrito productos financieros complejos. Por último, la recurrente critica que la Audiencia Provincial no valore si se han cumplido o no las normas imperativas de información en la contratación de productos financieros complejos.

TERCERO.- *Decisión de la sala. El incumplimiento de los deberes de información no determina necesariamente la existencia de error vicio en el consentimiento.*

1.- Aunque en la demanda se hacían referencias a otras cuestiones, el motivo del recurso se centra en la existencia de error vicio en el consentimiento, puesto que la infracción que se denuncia lo es de los artículos del Código Civil que regulan la nulidad del contrato por vicio del consentimiento. La cita de otros preceptos legales de la normativa bancaria y del mercado de valores como infringidos se hace con relación a los citados preceptos del Código Civil.

2.- Una segunda precisión que debe hacerse afecta a la base fáctica del litigio. En el recurso de casación, la sala debe atenerse a los hechos fijados en la instancia. Es cierto que en ocasiones, y así lo ha declarado esta sala en anteriores sentencias, la afirmación de que ha existido información adecuada, realizada por la sentencia de instancia, engloba no solamente un aspecto fáctico inatacable en casación (en qué términos se produjo

el suministro de información por el banco al cliente) sino también una valoración jurídica (que la información facilitada se ajustó a las exigencias legales), que sí es susceptible de ser impugnada en el recurso de casación.

En el presente recurso, la recurrente no solo impugna las valoraciones jurídicas hechas en la sentencia de la audiencia sino también los hechos fijados en su sentencia, y pretende sustentar su recurso en una base fáctica distinta a la fijada por la Audiencia. Así sucede con lo relativo a la afirmación que hace la sentencia de la Audiencia Provincial en el sentido de que la demandante ha contratado anteriormente no solo operaciones de banca tradicional sino también otros productos financieros complejos que son mencionados en la sentencia recurrida. Tal premisa no puede ser alterada en el recurso de casación, porque supone incurrir en el vicio casacional de petición de principio.

3.- En la sentencia 207/2015, de 23 de abril, afirmamos:

«Esta Sala, en recientes sentencias dictadas en relación a la contratación de productos financieros complejos, ha resaltado la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender este tipo de productos y respecto del que por lo general existe una asimetría en la información, en relación a la empresa de inversión. Pero también ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de inversor experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un inversor no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros [...]».

Asimismo, en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, declaramos:

«La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente».

4.- En el caso objeto del recurso, los tribunales de instancia han considerado que el perfil de contratante experto de la sociedad demandada, y del administrador que intervino en su representación, habituado a la contratación de este tipo de productos, y los términos en que se produjo la contratación (conversaciones telefónicas mantenidas para la celebración del contrato y de la novación, correos electrónicos cruzados entre el banco y la sociedad demandante) acreditan que la demandante tuvo un conocimiento suficiente de la naturaleza y de los riesgos del producto que excluyó la existencia de error invalidante del consentimiento.

Lo relevante para decidir sobre la acción de nulidad contractual por error vicio no es enjuiciar si el banco cumplió todos los requisitos que le impone la normativa bancaria y sobre el mercado de valores ni pronunciarse sobre si esta normativa imperativa fue correctamente observada por el banco, puesto que como ya ha declarado esta sala, lo que determina la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio no es el incumplimiento de la normativa sobre el mercado de valores por parte de la empresa del mercado de inversión, sino si ese incumplimiento ha determinado la existencia de un error sustancial en el cliente, sobre la naturaleza o los riesgos del producto que contrataba, que en tal caso ha de considerarse error excusable. Y si bien el incumplimiento de esa normativa permite presumir la existencia de error vicio en el cliente minorista o, al menos, en el cliente no experto, esa presunción puede ser desvirtuada si existe prueba de que el cliente pudo hacerse una idea correcta de la naturaleza y los riesgos del producto que contrataba.

5.- En el caso objeto del recurso, el carácter experto del cliente y la prueba de cómo se desarrolló la contratación, con una participación activa del cliente que mostraba su conocimiento de lo que estaba contratando, ha llevado a la Audiencia Provincial a excluir la existencia de error vicio.

Tal conclusión no infringe los preceptos legales invocados en el recurso, lo que determina su desestimación.

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.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Gestión de Cargas, S.A., contra la sentencia núm. 428/2012 de 28 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el recurso de apelación núm. 267/2012 .

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

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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ