



Roj: **STS 2835/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2835**

Id Cendoj: **28079110012017100418**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2017**

Nº de Recurso: **987/2015**

Nº de Resolución: **433/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 791/2015,**
STS 2835/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 812/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valencia, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Cayetano y doña Covadonga, representados ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña María Esther Centoira Parrondo; siendo parte recurrida Banco Popular, S.A., representado por la procuradora de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Aida Belenguer Santamaría, en nombre y representación de don Cayetano y doña Covadonga, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Popular S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

« I.- La DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DEL CONTRATO financiero atípico vinculado a las acciones de Royal Bank of Scotland Group, y CONDENANDO al demandado a la RESTITUCION a los demandantes de la cantidad de CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (45.824,72 ?), correspondientes al precio del contrato deducido el valor de la inversión recuperada por los actores en la fecha del vencimiento, más los intereses legales calculados sobre dicho importe desde la fecha de formalización del contrato, e intereses de la mora procesal desde la fecha de la sentencia.

» II.- Subsidiariamente, para el solo evento de que no se estimen fundadas cualquiera de las acciones que pretenden la nulidad del contrato, que CONDENE al demandado a abonar a los demandantes en concepto de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS el importe de CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO EUROS; CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (45.824,72 ?), más los intereses legales desde la fecha de la demanda e intereses de la mora procesa desde la fecha de la sentencia.

«Con imposición de las COSTAS en cualquiera de los casos a demandado».

2.º- La procuradora doña Paula Calabuig Villalba, en nombre y representación de Banco Popular Español, S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:



«se desestime íntegramente la demanda y absuelva a mi representada de cuantas pretensiones se ejercitan en sus contra, con expresa imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valencia, dictó sentencia con fecha 7 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora doña Aida Belenguer Santamaria, en nombre y representación de don Cayetano y de doña Covadonga , contra Banco Popular S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato financiero atípico vinculado a las acciones del Royal Bank of Scotland Group; y debo condenar a Banco Popular SA. a restituir a los demandantes la cantidad de 45.824,72 euros, correspondiente al precio del contrato deducido el valor de la inversión recuperado por los demandantes en la fecha del vencimiento. más los intereses legales calculados sobre dicho importe desde la fecha de la formalización del contrato e intereses de mora procesal desde la fecha de la sentencia, con imposición de costas al demandado».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Banco Popular Español S.A. La sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha dos de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad Banco Popular Español S.A., contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2014, dictada por el juzgado de primera instancia n.º 11 de Valencia en autos de juicio ordinario n.º 812/13, revocamos dicha resolución, y en su lugar, desestimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de Cayetano y Covadonga contra Banco Popular español SA, absolvemos a dicha entidad de las pretensiones contra ella dirigidas.

«se imponen las costas de la primera instancia a la parte demandante y no se hace expresa imposición de las devengadas en esta alzada.

«se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Cayetano y doña Covadonga , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Dividido en dos submotivos, cita como precepto infringido los artículos 8.1 ., 5.5. 7 y 10.1. de la LCGC, en relación con los artículos 2 y 80.1. a) de la Ley 276/84, General de Defensa de los consumidores y Usuarios y el artículo 6 del Código Civil . Se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentencias de 9 de mayo de 2013 y 22 de diciembre de 2009 , relativas a la nulidad de oficio de los negocios jurídicos. Segundo.- Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 9 de mayo de 2013 y 22 de diciembre de 2009 , relativas a la nulidad de oficio de los negocios jurídicos. En el motivo segundo, dividido a su vez en dos submotivos, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 79.1 e) y 78. 1 b) de la Ley de Mercado de Valores y los artículos 4 , 5.1 y 3 del Código General de Conducta del Mercado de Valores , en relación con el Anexo de la Circular 3/2000, de la CNMV de 30 de mayo y el artículo 1266 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 20 de enero de 2014 y 10 de septiembre de 2014 , relativas al error invalidante del consentimiento en los contratos de inversión.

Tercero.- Tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 78.1 b) y 79.1 a) de la Ley de Mercado de Valores y los artículos 1 y 4 del Código General de Conducta del Mercado de Valores y los artículos 1101 y 1104 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 18 de abril de 2014 y 10 de septiembre de 2014 , relativas a los deberes exigibles a las empresas de inversión como fundamento de la acción de culpa contractual.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 15 de marzo de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de junio de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para resolver el recurso de casación (hechos y valoraciones jurídicas), los siguientes:

1.- Tras la suscripción de un contrato de intermediación en abril de 2007 entre las partes litigantes, con fecha 15 de octubre de 2007 los demandantes suscribieron un «contrato financiero atípico Vinculado a las acciones de Royal Bank o Scotland Group» por importe de 50.000 Euros, respecto del que manifestaron haber recibido tanto un ejemplar del contrato, como la Tarifa de Comisiones, Condiciones y Gastos y Normas de Valoración aplicables.

2.- En relación con dicho documento contractual caben destacar los siguientes extremos: la denominación del contrato aparece encabezando el documento, en letra mayúscula, negrita, subrayado y en dimensiones superiores al resto del texto. En las condiciones particulares del contrato se expresa la divisa, el tipo de operación (contrato atípico autocancelable ligado a las acciones de Royal Bank o Scotland Group), el vencimiento a cinco años, si bien se podía cancelar cada 12 meses, las fechas de posible amortización anticipada, las fechas de valoración, los precios de referencia, el precio barrera y la explicación de la remuneración para el inversor.

3.- En las condiciones generales, la cláusula cuarta hace expresa referencia al conocimiento de los riesgos del contrato, y, en particular, las siguientes menciones en letra mayúscula y tamaño superior al resto del texto: «EN EL CASO DE QUE LA COTIZACIÓN DE LAS ACCIONES DE ROYAL BANK OF SCOTLAND GROUP SEA INFERIOR AL "VALOR INICIAL" EN TODAS Y CADA UNA DE LAS "FECHAS DE VALORACIÓN INTERMEDIAS" E IGUAL A CERO EN LA "FECHA DE VALORACIÓN AL VENCIMIENTO", EL INVERSOR OBTENDRÁ UNA PÉRDIDA DEL 100% DEL CAPITAL INVERTIDO. EL PRODUCTO QUE SE DESCRIBE EN ESTE CONTRATO ES UN PRODUCTO FINANCIERO DE RIESGO ELEVADO QUE PUEDE GENERAR UNA ALTA RENTABILIDAD PERO TAMBIÉN PÉRDIDAS EN EL IMPORTE INVERTIDO».

4.- En la fecha en que se contrata el producto no estaba vigente la normativa MIFID (Ley 47/2007, que entró en vigor el 21 de diciembre de dicho año); por tanto, a efectos de valorar el cumplimiento de la obligación de información por parte de la entidad bancaria, ha de estarse a lo que disponía la Ley del Mercado de Valores en su redacción previa y el Real Decreto 692/1993 de 8 de mayo.

5.- En el presente caso los demandantes no incurrieron en error de consentimiento al suscribir el contrato financiero a plazo de fecha 15 de octubre de 2007, y ello a tenor de las siguientes circunstancias que resultan de la prueba:

(i) La literalidad del contrato no deja lugar a dudas de que la imposición está asociada a la evolución de la cotización de las acciones de RBSG en la bolsa de Londres y de que la existencia de riesgo de pérdidas puede llegar al 100% del patrimonio invertido.

(ii) Pese a que en fecha posterior a la contratación del producto objeto de autos los demandantes fueron calificados como clientes con perfil conservador, a resultas de la realización del test en mayo de 2008, ello no resulta coincidente con el perfil inversor propio de otros productos contratados tanto antes como después de aquel contrato.

(iii) Los demandantes iniciaron sus relaciones comerciales con el Banco Pastor en abril de 2007, trasladando a esta entidad los productos de inversión que tenían en ese momento contratados. Entre tales productos se encontraban dos fondos: Bankpyme Comunicaciones FI, de renta variable internacional, y calificado con un perfil de riesgo "muy alto", y Bankpyme Multisalud FI, también de renta variable internacional, calificado con un perfil de riesgo "alto".

(iv) Después de la suscripción del contrato financiero a plazo objeto de autos, los actores suscribieron en el periodo comprendido entre abril y septiembre de 2008 obligaciones subordinadas del Banco Pastor y participaciones preferentes del Banco de Valencia por un importe total de 148.000 Euros, cifra esta ciertamente alejada del perfil de un inversor conservador.

(v) Los demandantes eran plenamente conscientes de lo que estaban contratando y fueron debidamente informados antes de la contratación de las características y riesgos del producto. Se les entregó el documento contractual antes de su firma, que se lo llevaron a su casa, donde se supone que lo leerían; se les explicó cómo funcionaba el producto y se les aclararon las dudas que tenían sobre el mismo, siendo el mismo adecuado a su perfil inversor.

Consecuencia de todo ello ha sido la revocación de la sentencia del juzgado, que había estimado la demanda, y la desestimación de esta por la Audiencia Provincial, incluida la acción formulada con carácter subsidiario con base a lo dispuesto en los artículos 1101 y 1104 del Código Civil, porque «todas las alegaciones que contiene la demanda inicial de las actuaciones en relación con la acción de indemnización de daños y perjuicios



por incumplimiento contractual (art. 1101 CC), venían referidas a la imputación a la entidad demandada del incumplimiento de obligaciones pre- contractuales (información del producto), sin que, ni en el relato de hechos ni en los fundamentos jurídicos de tal escrito rector, se haga mención a incumplimiento alguno de obligaciones contractuales de la entidad bancaria demandada derivadas del contrato financiero de 15 de octubre de 2007, debiendo decaer por ello la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios».

Se ha formulado recurso de casación por los demandantes

SEGUNDO.- El recurso se articula entres motivos, cada uno de los cuales se divide en varios subapartados.

En el motivo primero, dividido en dos submotivos, se interesa de esta Sala que declare la nulidad de oficio del contrato litigioso. Se citan los artículos 8.1 , 5.5 . y 10.1 de la LCGC, en relación con los artículos 2 y 80.1 a) de la Ley 26/84, General de Defensa de Consumidores y Usuarios , y el artículo 6 del Código Civil . Como fundamento del interés casacional se citan (en el encabezamiento del motivo) como opuestas las sentencias 834/2009, de 22 de diciembre ; 7164/2007, de 31 de octubre y 7524/2006, de 30 de noviembre , relativas a la nulidad de oficio de los negocios jurídicos.

En el segundo, dividido también en dos submotivos, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 79.1 e) y 78. 1 b) de la Ley de Mercado de Valores , y los artículos 4.5.1 y 3 del Código General de Conducta del Mercado de Valores , en relación con la Circular 3/2000. De la CNMV, de 30 de mayo, y artículo 1266 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta sala expresada en las sentencias de 20 de enero y 10 de septiembre de 2014 , relativas al error invalidante del consentimiento en los contratos de inversión.

En el tercero, se citan los artículos 78.1 b) y 79. 1. a) de la Ley de Mrrcado de Valores y los artículos 1101 y 1004 del Código Civil , además de las sentencias de esta sala de 18 de abril y 10 de septiembre de 2014 , relativas a los deberes exigibles a las empresas de inversión como fundamento de la acción de culpa contractual.

Todos ellos se desestiman.

1.- Es cierto que esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC , invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (sentencia de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (sentencias 834/2009, de 22 de diciembre ; 7164/2007, de 31 de octubre).

Ahora bien, la sentencia de la Audiencia Provincial únicamente examinó el motivo de nulidad sobre el que se había pronunciado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el relativo a la nulidad por error vicio del consentimiento, así como la acción subsidiaria formulada al amparo en los artículos 1101 y 1104 del CC , indemnizatoria de daños y perjuicios. No analizó la causa de nulidad por infracción de norma imperativa ni la subsidiaria de anulabilidad por dolo.

Si el demandante considera que la Audiencia Provincial, debió pronunciarse sobre otras causas de nulidad alegadas en la demanda, debió solicitar la subsanación de la omisión de pronunciamiento por el cauce del art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, caso de no subsanarse, formular como motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la incongruencia omisiva.

No lo ha hecho así, por lo que no puede en este recurso solicitar de esta sala que revise un pronunciamiento como el de la desestimación de la nulidad radical del contrato por vulneración de normas imperativas relativas a la información a facilitar en la contratación de productos financieros complejos, que la Audiencia Provincial no ha realizado, como si se tratara de un derecho absoluto o de ida y vuelta sujeto al simple interés de quien recurre e invocable en cualquier momento al margen de la decisión de los tribunales; todo ello con independencia de que la mera infracción de estos deberes de información no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato (sentencias 549/2015, de 22 de octubre , y 154/2016, de 11 de marzo , 12/2017, de 13 de enero , 364/2017, de 8 de junio) .

2.- La Audiencia concluye que la información suministrada a los demandantes cumplía con las exigencias legalmente previstas en atención no solo a la prueba documental, sino a la testifical, que puso de relieve que había habido suficiente información sobre «las características y riesgos del producto antes de su contratación y que el mismo era adecuado a su perfil inversor», y aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos antes y después de la normativa MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados probados que no pueden ser alterados, tanto en relación al motivo segundo como al tercero, tal y como ha sido resuelto en la sentencia recurrida.



TERCERO.- A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica, que se mantiene, razón por la cual se desestima el recurso; todo ello con expresa imposición a la parte recurrente las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.1 LEC).

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

esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de don Cayetano y doña Covadonga , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª) de 2 de febrero de 2015 (rollo núm. 634/2014), con expresa imposición de las costas del recurso a la parte recurrente. Líbese 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 CENDO