



Roj: **STS 4261/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4261**

Id Cendoj: **28079110012018100704**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **1709/2016**

Nº de Resolución: **715/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1096/2016,**
STS 4261/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 715/2018

Fecha de sentencia: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1709/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1709/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 715/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por Matías , representado por la procuradora Blanca María Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de Juan Ignacio Sanz Caballero. Es parte recurrida la entidad Popular Banca Privada S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de José Piñeiro Salguero.

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 representación de Matías , interpuesto demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona, contra la entidad Popular Banca Privada S.A., para que se dictase sentencia que disponga:

"(i) La declaración 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 en el Hecho Décimo).

"(ii) Subsidiariamente, la declaración de 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 ley sobre la misma (cantidades referidas en el 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 su virtud entre las partes, así como del documento precontractual de 19 de noviembre de 2007.

"(vii) Y, 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 dictase sentencia:

"desestimando íntegramente la demanda y condenando en costas al actor".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

"Fallo: Que desestimo íntegramente la demanda formulada por Matías representado por el procurador Sra. Montal contra Popular Banca Privada, S.A. a la que absuelvo de las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición de costas a la actora".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*



1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Matías .
2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 20 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de D. Matías contra la sentencia de fecha 17 de julio de 2014 dictada en el procedimiento ordinario nº 9/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Barcelona, se confirma dicha resolución con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

"Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1. La procuradora Montse Montal Gibert, en representación de Matías , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y de los arts. 82 y siguientes Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para **Consumidores** y Usuarios.

"2º) Infracción del art. 79 de la Ley de Mercado de Valores y arts. 4 y 5 del Anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo y arts. 60 y siguientes del RD 217/2008 de 15 de febrero.

"3º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil".

2. Por diligencia de ordenación de 5 de mayo de 2016, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.^a tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, 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 Matías , representado por la procuradora Blanca María Grande Pesquero; y como parte recurrida la entidad Popular Banca Privada S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez.

4. Esta sala dictó auto de fecha 11 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Matías contra la sentencia de fecha 20 de enero de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.^a, en el rollo de apelación n.º 674/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 9/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Barcelona".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Popular Banca Privada, S.A., 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 22 de noviembre de 2018, 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, Matías , con el asesoramiento de Jose Francisco , adquirió de Popular Banca Privada un producto financiero complejo, denominado "Contrato financiero atípico", por un importe de 450.000 euros. De esta suma, 150.000 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. Matías conocía al Sr. Jose Francisco desde hacía más de 20 años y era su asesor fiscal y contable.

Con anterioridad a la firma el contrato, se recabó del cliente el test de conveniencia, se suministró información suficiente sobre las características del producto y sus riesgos. Además, el contrato vino precedido de un precontrato de fecha 19 de noviembre de 2007.

2. El Sr. Matías , en su demanda, ejercitó 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 del cliente (Sr. Matías) 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; 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 desestimó la primera acción de nulidad por ausencia de consentimiento, al apreciar acreditado que el Sr. Matías suscribió el contrato de 28 de noviembre de 2007, y antes el precontrato de 19 de noviembre de 2007.

En cuanto a la acción de nulidad basada en la existencia de cláusulas abusivas y la infracción de la Ley de **Consumidores** y Usuarios, el juzgado advirtió que carecía de competencia para pronunciarse sobre cualquier acción individual o colectiva de condiciones generales de la contratación, razón por la cual la propia demandante manifestó que su acción se basaba únicamente en la abusividad de la cláusula. La sentencia analizó esta cuestión y concluyó, que por el carácter eminentemente especulativo de la operación, no resultaba de aplicación la normativa de **consumidores**.

La magistrada de primera instancia también desestimó la pretensión de nulidad por error vicio. Después de rechazar la excepción de caducidad y de analizar la jurisprudencia aplicable, concluyó que el banco había atendido a la petición del cliente, por medio de su asesor fiscal y financiero (Sr. Jose Francisco), y suministrado la información previa necesaria sobre las características del producto y sus riesgos, además de recabar el test de conveniencia.

Finalmente, desestimó el resto de las acciones basadas en el denunciado incumplimiento contractual, al entender que no había existido tal incumplimiento.

4. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. En primer lugar, vuelve a reiterar las razones de la desestimación de la acción de nulidad por falta de consentimiento, lo que ha quedado firme, al no ser objeto de recurso de casación.

En segundo lugar, frente a la petición de nulidad del contrato por contener cláusulas abusivas, por falta de equilibrio de prestaciones, reitera su improcedencia, con el siguiente razonamiento:

"La pretensión de nulidad está también abocada al fracaso, primero, porque el riesgo de pérdida de la inversión es inherente al propio contrato suscrito, segundo, porque el Sr. Matías suscribió un contrato cuyo rendimiento era de un 28% anual, acumulable cada año, por lo que en el segundo el beneficio era del 56%, en el tercero del 84%, en el cuarto del 112% y en el quinto del 140%, siendo evidente que el riesgo de pérdida del capital invertido estaba compensado por la alta rentabilidad que podía llegar a conllevar el producto contratado, y tercero, porque, como más adelante se analizará, no es cierto que no recibiera información precontractual sobre el funcionamiento del contrato y de su dependencia de la cotización de las acciones subyacentes".

Por lo que respecta a la acción de nulidad por error vicio, la Audiencia vuelve a revisar la prueba y concluye lo siguiente:

"En definitiva, puede concluirse que tanto de la documental aportada con la contestación a la demanda como de las testificales practicadas en el juicio queda acreditado que el actor fue informado desde el principio de las características del CFA y de los riesgos a que se exponía al contratarlo, esto es, de la posibilidad, dependiendo de la evolución del valor del subyacente, de obtener una elevada rentabilidad o por el contrario pérdidas totales".

Razón por la cual rechaza que haya existido error vicio en el consentimiento.

Finalmente, analizada la prueba, entiende que PBP cumplió con la obligación de informar durante la vida del contrato, motivo por el cual desestima el recurso respecto de las acciones basadas en el incumplimiento contractual. Este pronunciamiento ha quedado firme, al no ser objeto de impugnación en el recurso de casación.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el demandante, sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. *Recurso de casación*



1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, y de los arts. 82 y ss. de la ley General de Defensa de **Consumidores** y Usuarios.

En el desarrollo del motivo se razona que las condiciones generales del contrato "no fueron informadas antes de la contratación y, en consecuencia, no pudieron ser objeto de aceptación expresa y por escrito por parte del cliente, a lo que ha de añadirse, finalmente, la ausencia de oportunidad de conocimiento real antes de la contratación".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. Tiene razón la parte recurrida cuando advierte, en su escrito de oposición al recurso, que la magistrada de primera instancia se declaró incompetente respecto de las acciones basadas en la normativa de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, lo que no fue objeto de impugnación en el recurso de apelación. Razón por la cual, la sentencia de apelación, ahora recurrida en casación, no contiene ninguna argumentación en relación con la reseñada Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Esta cuestión quedó excluida del ámbito de pronunciamiento de la sentencia de apelación, en aplicación del art. 465.5 LEC, y por ello ahora no puede fundarse la casación en la infracción de esa normativa.

3. Formulación de los motivos segundo y tercero. El *motivo segundo* denuncia la infracción de las obligaciones de información contenidas en la legislación del mercado de valores (artículo 79 Ley del Mercado de Valores y de los artículos 4 y 5 del Anexo al RD 629/1993, de 3 de mayo, y de los artículos 60 y ss. del RD 217/2008, de 15 de febrero).

En el desarrollo del motivo se explica que la experiencia previa o, incluso, posterior en productos financieros no determina, por sí sola, una adecuada formación del consentimiento.

En la medida en que este motivo segundo liga el incumplimiento de los deberes de información con la nulidad por error vicio, resulta conveniente unir su examen al del motivo tercero.

El *motivo tercero* denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC. La denuncia de esta infracción se basa en que el demandante no fue informado con antelación, ni se le advirtió, de las consecuencias o riesgos.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

4. Desestimación de los motivos segundo y tercero. 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 prestadoras 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)].

5. 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).

6. 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 al cliente (Sr. Matías) que permitiera conocer no sólo cómo funcionaba el producto, sino también los riesgos concretos que generaba.



La sentencia de apelación declara probado que esta información sobre las características del producto y sus riesgos fue suministrada al cliente, con anterioridad a la adquisición del producto. Además, el cliente, ahora demandante, intervino asesorado por el Sr. Jose Francisco , su asesor fiscal y financiero durante veinte años, quien conocía el producto y sus riesgos.

Como tribunal de casación, hemos de respetar los hechos declarados probados en la instancia, sin que este recurso permita entrar a revisar la valoración de la prueba. Sobre la base de estos hechos probados, entendemos correcta la valoración jurídica contenida en la sentencia recurrida de que PBP cumplió los deberes de información reseñados y que, en todo caso, no existió error vicio en la contratación.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas por su recurso (art. 398.1 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 Desestimar el recurso de casación interpuesto por Matías contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 13ª) de 20 de enero de 2016 (rollo núm. 674/2014), que resolvió la apelación interpuesta frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona de 17 de julio de 2014 (juicio ordinario 9/2013).

2.º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la 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.