



Roj: **STS 4447/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4447**

Id Cendoj: **28079110012017100637**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2017**

Nº de Recurso: **888/2015**

Nº de Resolución: **682/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 888/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Civil**

##### **Sentencia núm. 682/2017**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 18 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 3189/2014 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 40/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bergara, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don José Alberto Amilibia Múgica nombre y representación de Agencia de Transportes Santamaría S.A, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla como recurrente y la procuradora doña Alicia Oliva Collar en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don José Alberto Amilibia Múgica en nombre y representación de Agencia de Transportes Santamaría S.A, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, asistido del letrado don Unai Carreras Santesteban y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Estimando la demanda:

1.-Se declare la nulidad de pleno derecho del contrato denominado Confirmación de Opción sobre Acciones de fecha de operación 18/06/2008, así como cualquier otro documento relacionado con el mismo.

Y ello con las consecuencias legalmente inherentes a dicha nulidad.



- 2.- Se condene a la entidad demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A, -BBVA-, a estar y pasar por dicha declaración.
- 3.- Como consecuencia de lo anterior, se determine la correspondiente restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato denominado confirmación de Opción sobre Acciones de fecha de operación 18/06/2008.
- 4.- SUBSIDIARIAMENTE y para el caso de que no prospere la acción de nulidad de pleno derecho por ausencia de consentimiento, interesa se declare la nulidad - radical o relativa- del contrato denominado Confirmación de Opción sobre Acciones de fecha de operación 18/06/2008, todo ello con las consecuencias inherentes a dicha nulidad - restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato-.
- 5.- Consecuentemente con lo anterior, se declare extinguido el documento denominado Pignoración de valores -documento 11 demanda-.
- 6.- SUBSIDIARIAMENTE y para el caso de que no prosperen las acciones de nulidad y anulabilidad planteadas, se declaren incumplidas las obligaciones legales del BBVA en la comercialización del producto denominado Confirmación de Opción sobre Acciones, y condene al BBVA al pago de los daños y perjuicios originados a AGENCIA DE TRANSPORTES SANTAMARÍA, S.A., y que se corresponden con las cantidades económicas devengadas en relación al citado producto financiero y que ascienden a la cantidad s.e.u.o. de 445.699 euros.
- 7.- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales».

**SEGUNDO** .- La procuradora doña Josefa Llorente López, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, contestó a la demanda, asistido de la letrada doña María José Cosmea Rodríguez y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Desestimar la misma con imposición de costas a la parte actora».

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bergara, dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Amilibia en nombre y representación de la entidad AGENCIA DE TRANSPORTES SANTAMARÍA, S.A. frente al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., debiendo declarar la NULIDAD DE PLENO DERECHO POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO de los siguientes contratos:

a.- Contrato de opción de venta de acciones, por importe nominal de 800.000 euros, suscrito el 18.06.2008 entre ambas partes, confirmado telefónicamente y plasmado documentalmente en virtud de contrato de confirmación de 24.07.2008.

b.- Contrato de pignoración de 60.000 acciones del BBVA, suscrito el 18.6.2008 por ambas partes, en virtud del cual se constituyeron las mismas en prenda para garantizar el cumplimiento por la parte actora de las obligaciones dimanantes del precitado contrato derivado.

2.º Que debo declarar la obligación de ambas partes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, conforme a lo señalado en el FJ Séptimo de la presente resolución.

3.º Con imposición de las costas causadas a la entidad demandada, conforme a los criterios fijados en el FJ Octavo de la presente resolución».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dictó sentencia con fecha 14 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A." frente a la Sentencia de fecha 28-2- 2014 dictada por la Upad de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara, en autos de Juicio Ordinario 40/2013, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, dejándola sin efecto y dictando una nueva en virtud de la cual se desestima en su integridad la demanda interpuesta por la representación procesal de "Agencia de Transportes Santamaría S.A.", absolviendo a la demandada de los pedimentos frente a ella deducidos, con imposición de las costas procesales de la instancia a la parte demandante, y sin pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta alzada.



Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Agencia de Transportes Santamaría S.A, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 469.1.º.4.º LEC, por vulneración del artículo 24 CE. Segundo.- Artículo 469.1.º.4.º LEC, en relación con el artículo 24.1 CE y los artículos 316, 326, 348, y 376 LEC y jurisprudencia que lo desarrolla. Tercero.- Artículo 469.1.º.2º LEC, por infracción del artículo 217 LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla. Cuarto.- Artículo 469.1 LEC, por infracción del artículo 218 LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla. El recurso de casación lo articula con apoyo en los siguientes motivos Primero.- Artículo 477.2.3.º LEC, por infracción de los artículos 1265, 1266 del Código Civil, y el 1269 y 1270 del mismo cuerpo legal. Segundo.- Artículo 477.2.3.º LEC, por infracción de los artículos 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores en su versión vigente tras la reforma operada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre de 2007, los artículos 78 a 83 quarter, y los artículos del 58 a 81 Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero así como los artículos 60, 61, 63, 64, 65, 70, 72, 73 y 74 de dicha Disposición legal. Tercero.- Artículo 477.2.3.º LEC, por infracción de los artículos 1269 Y 1270 del Código Civil, así como la doctrina del Tribunal Supremo que lo desarrolla.

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de abril de 2017 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. No constando presentado 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 21 de septiembre del 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato denominado de «venta put con barrera desactivante sobre acciones BBVA», por vicio en el consentimiento prestado por el cliente; así como la nulidad, con idéntico fundamento, del contrato de pignoración de acciones que le acompañó.

2. De los hechos acreditados en la instancia, debe destacarse los siguientes.

I) El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria.

II) Las condiciones del contrato fueron confirmadas vía telefónica.

III) No se suscribió, ni se entregó, ejemplar del contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

IV) No se realizaron los tests de conveniencia y de idoneidad.

V) La empresa carecía de departamento financiero y tenía una cartera de renta variable constituida por acciones de BBVA, Banco Santander y Telefónica.

VI) El representante legal de la empresa y accionista mayoritario, el Sr. Pedro Francisco, tenía estudios primarios.

VII) Desde que se suscribió el contrato, julio de 2008, hasta la fecha del vencimiento del mismo, junio de 2012, no existió comunicación alguna acerca de la evolución del producto financiero suscrito.

3. En síntesis, la empresa Agencia de Transportes Santamaría S.A., cliente de BBVA, suscribió con dicho banco, previo su ofrecimiento, un contrato de venta de put con barrera desactivante sobre acciones de dicha entidad, con un notional de 800.000 €, con fecha de inicio del mismo día de suscripción y fecha de ejercicio de la opción de 18 de junio de 2012. Dicha venta tenía una barrera desactivante continua del 112% del precio de referencia inicial, con el ejercicio automático de la opción si a fecha del ejercicio el precio de referencia o precio oficial de cierre de la acción subyacente era menor que el precio de ejercicio por acción o precio de referencia inicial. Todo ello con la contraprestación a la venta de una prima de 36.030 €, que la entidad bancaria hizo efectiva el 20 de junio de 2008.

El 18 de junio de 2012, fecha de vencimiento del contrato, el BBVA procedió a ejercitar la opción de venta de las acciones por un precio de 5,03 € por acción, frente a los 13,16 € de cotización de las acciones en el momento de suscripción del contrato, con una pérdida de la inversión realizada por el cliente de 494.224,92 €.

En este contexto, la Agencia de Transportes Sanitaria S.A, presentó una demanda contra la entidad bancaria en la que solicitaba, de modo principal, la nulidad de pleno derecho de los contratos suscritos por ausencia de



consentimiento y subsidiariamente, la nulidad de los contratos por vicio del consentimiento otorgado y, en su caso, el incumplimiento contractual de la entidad bancaria y la correspondiente indemnización.

La entidad bancaria se opuso a la demanda y solicitó su desestimación.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad por error en el consentimiento prestado. En este sentido, de acuerdo a los antecedentes señalados, consideró que la información suministrada por la entidad bancaria fue insuficiente y defectuosa, tanto en cuanto a elementos esenciales como accesorios del contrato, habiendo generado un error como vicio esencial del consentimiento determinante de la nulidad del contrato de opción de venta sobre acciones, ya que la actora prestó su consentimiento en el entendimiento de que se trataba de una especie de depósito de sus acciones, sin riesgo alguno, percibiendo a cambio una prima al inicio del contrato en lugar de al vencimiento del mismo.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia. En síntesis, consideró que la entidad bancaria había cumplido con su obligación de información en atención a la experiencia inversora del cliente que pudo formar su consentimiento con conocimiento de causa. Por otra parte, consideró irrelevante en el presente caso que no se hubiese suscrito, ni entregado, el contrato marco de operaciones financieras (CMOF), y que no se hubiesen realizado los tests de conveniencia y de idoneidad.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

### Recurso de casación

**SEGUNDO.-** *Producto financiero complejo. Contrato de venta de put con barrera desactivante sobre acciones. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La demandante, al amparo del ordinal 3.º del art. 477. 2 LEC , interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

2. En los dos primeros motivos del recurso la recurrente, con cita, entre otras, de las SSTS de 20 de enero de 2014 y 17 de febrero de 2014 , denuncia la infracción de los arts. 1265 , 1266 , 1269 y 1270 del Código Civil con relación a la existencia del error vicio en el consentimiento, así como la infracción de los arts. 79 y 79 bis LMV, del art. 64 del RD 217/2008 , todo ello con relación al incumplimiento de los deberes de información y su incidencia en el error vicio del consentimiento prestado.

Se procede al examen conjunto de dichos motivos por su conexión en la *ratio decidendi* del presente caso.

3. Los motivos deben ser estimados.

En el presente caso resulta indiscutida la naturaleza compleja del producto ofertado, así como la aplicación de la normativa MiFID.

En esta línea, 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 62911993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades 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 55912015, de 27 de octubre).

Según dijimos en las sentencias 76912014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debía haber tomado la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podían derivarse del funcionamiento del producto financiero. En este sentido, de acuerdo con los antecedentes destacados, la sentencia de la Audiencia no deja constancia de que los



riesgos derivados del contrato objeto de la *litis* fuesen conocidos por el cliente, especialmente respecto de la posibilidad de una pérdida significativa de la inversión realizada.

Además, como hemos señalado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre y 33/2016, de 19 de mayo, entre otras, hay que resaltar que no basta, por sí solo, con que el cliente tenga conocimientos generales del mundo de la empresa, por su condición de gerente o representante legal de la empresa, para que pueda excluirse la existencia del error y, en su caso, considerar que el mismo fue inexcusable, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos. Conocimientos necesarios que tampoco pueden presumirse de una anterior actividad inversora del cliente (cartera de renta variable de acciones de la propia entidad) que no puede resultar asimilada a la complejidad del producto objeto de la presente *litis*.

Por último, aunque la falta de realización de los tests de conveniencia y de idoneidad no determina, por sí sola, el error vicio en el consentimiento prestado, sí que incide en la presunción del mismo.

4. La estimación de los motivos examinados comporta la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen del motivo tercero del recurso.

5. En consecuencia, tras la estimación del recurso de casación procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

**TERCERO.- Costas y depósitos.**

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. por lo que procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.

3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

## FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Agencia de Transportes Santamaría S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 14 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección tercera, en el rollo de apelación núm. 3189/2014, que casamos y anulamos,, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. para confirmar en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bergara, de 28 de febrero de 2014, dictada en juicio ordinario núm. 40/2013.

2. No hacer expresa imposición de costas de casación.

3. Imponer las costas de apelación la parte demandada apelante.

4. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

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.

Ignacio Sancho Gargallo **Francisco Javier Orduña Moreno**

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres