





COMPENDIO Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES  
PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO  
EN MATERIA FINANCIERA



HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS  
(Coordinador)

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS  
FRANCISCO JAVIER CÁRDENAS GÁLVEZ  
(Autores)

COMPENDIO Y ANÁLISIS DE LOS  
PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
EN MATERIA FINANCIERA

2014



© SEPTIEMBRE 2014 HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS  
FRANCISCO JAVIER CÁRDENAS GÁLVEZ

© SEPTIEMBRE 2014



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-942709-7-0

D.L.: B19746-2014

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà ([cspaya@sbeditorialdesign.com](mailto:cspaya@sbeditorialdesign.com))

*Printed in Spain* – Impreso en España

---

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	11
INTRODUCCIÓN .....	15

## **CAPÍTULO PRIMERO**

EL CONTRATO DE COMISIÓN BURSÁTIL Y LA STS DE 20 DE ENERO DE 2003 .....	19
--	----

1. EL CONTRATO DE COMISIÓN BURSÁTIL.....	19
2. OBJETO INICIAL DE LA CONTROVERSIA Y ANTECEDENTES PROCESALES .....	19
3. PRINCIPALES HECHOS DECLARADOS PROBADOS.....	20
4. MOTIVOS DE LOS RECURSOS PLANTEADOS Y CUESTIONES DE TÉCNICA CASACIONAL SUSCITADAS .....	21
5. PRINCIPAL DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA .....	23

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

EL DEPÓSITO ESTRUCTURADO Y LA STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012 .....	31
--	----

1. INTRODUCCIÓN.....	31
2. ÁMBITO DE LA DISPUTA Y ANTECEDENTES .....	35
3. HECHOS RELEVANTES DEL LITIGIO .....	37
4. ASPECTOS TRATADOS EN EL RECURSO Y DOCTRINA DE TÉCNICA CASACIONAL.....	38
5. EXAMEN DEL POSICIONAMIENTO DE LA SENTENCIA .....	45
A. Contratos coligados .....	45
B. Pronunciamientos de interés contenidos en la Sentencia .....	48

**CAPÍTULO TERCERO**

EL HEDGE FUNDS Y LA STS DE 17 DE ABRIL DE 2013 .....	49
1. LOS HEDGE FUND Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....	49
2. DELIMITACIÓN DE LOS ASPECTOS DISCUTIDOS Y ANTECEDENTES PROCESALES .....	50
3. HECHOS DE INTERÉS EN LA CONTROVERSI A.....	52
4. ARGUMENTOS UTILIZADOS EN LOS RECURSOS Y DOCTRINA DE TÉCNICA CASACIONAL.....	54
A. Recurso extraordinario por infracción procesal .....	55
B. Recurso de casación.....	69
5. PRINCIPALES ASPECTOS TRATADOS EN LA SENTENCIA.....	76

**CAPÍTULO CUARTO**

LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES Y LA STS DE 18 DE ABRIL DE 2013.....	83
1. LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES .....	83
2. OBJETO DEL PROCESO Y SUS ANTECEDENTES .....	89
3. PRINCIPALES HECHOS DEL LITIGIO .....	91
4. CUESTIONES PLANTEADAS Y PRONUNCIAMIENTOS DE TÉCNICA CASACIONAL CONTENIDOS EN LA SENTENCIA ..	91
A. Recurso de casación.....	91
B. Recurso extraordinario por infracción procesal .....	92
5. DOCTRINA DESTACADA DE LA SENTENCIA .....	95

**CAPÍTULO QUINTO**

LAS CLÁUSULAS SUELO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013.....	105
1. LAS CLÁUSULAS SUELO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.	105
2. ANTECEDENTES PROCESALES .....	109
3. HECHOS DECLARADOS PROBADOS RELEVANTES.....	111
4. ARGUMENTOS USADOS EN LOS RECURSOS Y ASPECTOS CASACIONALES INTERESANTES TRATADOS EN LA SENTENCIA	112
A. Recurso de casación.....	113
B. Recurso extraordinario por infracción procesal .....	115

5.	ESTUDIO DE LOS PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES EN MATERIA FINANCIERA RECOGIDOS EN LA SENTENCIA.....	117
----	---	-----

#### **CAPÍTULO SEXTO**

	LAS PERMUTAS FINANCIERAS: SSTS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012, DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012, DE 29 DE OCTUBRE DE 2013 Y DE 20 DE ENERO DE 2014.....	151
--	---	-----

1.	LOS SWAPS Y SU LITIGIOSIDAD .....	151
2.	STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012 .....	153
	A. Origen del pleito y sus antecedentes .....	153
	B. El recurso de casación planteado y las cuestiones de técnica casacional suscitadas .....	156
	C. Aspectos interesantes comentados en la Sentencia .....	158
3.	STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012 .....	161
	A. Cuestión controvertida y antecedentes.....	161
	B. Motivos planteados en el recurso y técnica casacional suscitada.....	163
	C. Hechos declarados probados .....	165
	D. Derecho sustantivo relevante tratado en la Sentencia .....	165
4.	STS DE 29 DE OCTUBRE DE 2013 .....	168
	A. Cuestión debatida y antecedentes .....	169
	B. Recursos interpuestos ante el Alto Tribunal y estudio de la doctrina de técnica casacional que se contiene en la resolución .....	171
	C. Análisis de los principales pronunciamientos de la Sentencia .....	175
5.	STS DE 20 DE ENERO DE 2014.....	178
	A. Ámbito de la disputa y antecedentes procesales .....	178
	B. Hechos declarados probados más destacados.....	181
	C. Reflexión sobre la doctrina contenida en la STS de 20 de enero de 2014 .....	182

	CONCLUSIONES .....	195
--	--------------------	-----

	BIBLIOGRAFÍA .....	205
--	--------------------	-----

	ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.....	211
--	-----------------------------------	-----

#### **ANEXO I**

	STS DE 20 DE ENERO DE 2003 .....	223
--	----------------------------------	-----

<b>ANEXO II</b>	
STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012 .....	231
<b>ANEXO III</b>	
STS DE 17 DE ABRIL DE 2013 .....	245
<b>ANEXO IV</b>	
STS DE 18 DE ABRIL DE 2013 .....	261
<b>ANEXO V</b>	
STS DE 9 DE MAYO DE 2013 .....	281
<b>ANEXO VI</b>	
STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012 .....	367
<b>ANEXO VII</b>	
STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012 .....	379
<b>ANEXO VIII</b>	
STS DE 29 DE OCTUBRE DE 2013.....	393
<b>ANEXO IX</b>	
STS DE 20 DE ENERO DE 2014 .....	417
<b>ANEXO X</b>	
STS DE 17 DE FEBRERO DE 2014.....	433

---

## ABREVIATURAS

AP .....	Audiencia Provincial
A(A)P .....	Auto(s) de las Audiencias Provinciales
A(A)TS .....	Auto(s) del Tribunal Supremo
art(s). .....	Artículo(s)
cc. ....	Concordantes
CC/Código Civil.....	Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo
CCom/Código de Comercio.....	Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio
cfr. ....	Confróntese
CE .....	Constitución Española de 1978
CNMV.....	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Circular 8/1990 .....	Circular 8/1990 de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela
Directiva 93/13.....	Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores
ed. ....	Edición
ej. ....	Ejemplo
fasc. ....	Fascículo

FGD .....	Fondo de Garantía de Depósitos
FROB .....	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
IC 2000 .....	Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores
LCGC .....	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
LGDCU .....	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
Ley 2/2009 .....	Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito
Ley 26/1988 .....	Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
Ley 47/2007 .....	Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
LEC o Ley de Enjuiciamiento Civil	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley Hipotecaria .....	Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LMV .....	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
MIFID .....	Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros, traspuesta al ordenamiento español por la Ley 47/2007 y el Real Decreto 217/2008

Orden EHA/2899/2011 .....	Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios
OM de 5 de mayo de 1994.....	Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios
PECL.....	<i>Principles of European Contract Law</i> (Principios de Derecho Europeo de Contratos)
nº/núm.....	Número
pág(s).....	Página(s)
RD 629/1993.....	Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios
RD 217/2008.....	Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre
Reglamento hipotecario .....	Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario
SAN.....	Sentencia de la Audiencia Nacional
Sec. ....	Sección
S(S)AP .....	Sentencia(s) de las Audiencias Provinciales
S(S)TC.....	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
S(S)TEDH .....	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

S(S)TJUE .....	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
ss.....	Siguientes
S(S)TS .....	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
t. ....	Tomo
TRLGDCU.....	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TS .....	Tribunal Supremo
vid.....	Véase
vol./v. ....	Volumen

---

# INTRODUCCIÓN

Héctor Daniel Marín Narros

Tradicionalmente, la litigiosidad sobre los productos financieros y de inversión era relativamente baja. Sin embargo, en los últimos años se ha producido un incremento exponencial del número de procesos judiciales, e incluso arbitrales, relacionados con este tipo de contratos<sup>1</sup>.

Habitualmente, esta clase de controversias surgen entre una entidad financiera y un cliente, que suele tener la condición de consumidor y minorista a efectos legales.

Inicialmente las disputas se originaban en torno a comisiones que se alegaba que habían sido indebidamente cobradas. Aspecto que podría decirse que ha perdido interés por el asentamiento de una clara doctrina al respecto por los tribunales<sup>2</sup> y por el creciente planteamiento de litigios respecto a los contratos bancarios que se han ido considerando de forma progresiva como «tóxicos». El espectro de los contratos sobre los que se pleitea frecuentemente ha ido ampliándose con el paso de los años, incluyendo paulatinamente los swaps, participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, depósitos estructurados, hedge funds y préstamos hipotecarios<sup>3</sup>, entre otros. Parece que se ha pasado de un estado en el que prácticamente no se dudaba de la validez de los contratos y las actuaciones de los bancos a una situación en la que todo producto bancario es susceptible de ser considerado «tóxico».

- 
- 1 Vid. RAMOS MUÑOZ, D., «Las participaciones preferentes y su contexto: resolviendo el sudoku», *Diario La Ley*, nº 7979, Sección Tribuna, 22 de noviembre de 2012.
  - 2 Vid. FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. L., *Las comisiones bancarias: naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación*, Comares, Granada, 2002, SAP de Toledo, Sec. 1<sup>a</sup>, de 11 de junio de 2013.
  - 3 De hecho, estos contratos tradicionalmente ni siquiera eran tratados por la doctrina. Vid. ORDUÑA MORENO, J., *Contratación bancaria*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros, *Tratado de contratos*, T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

En cierta medida, parece que se ha ido identificando la «toxicidad» con las pérdidas masivas originadas por los productos financieros y de inversión a los clientes. Aunque a estos efectos no conviene olvidar que, con independencia de cómo haya sido la elaboración y la comercialización del concreto producto, lo cierto es que al menos parte de dichas pérdidas se debe simplemente a la evolución negativa que ha tenido la economía como consecuencia de la crisis. Y es que, ya sea por la caída del Euribor, por la insolvencia de entidades financieras españolas o extranjeras, por el desplome de los valores en la bolsa u otras causas, lo cierto es que una buena parte de este tipo de productos estaban abocados a obtener resultados negativos, al igual que por esas mismas circunstancias han generado beneficios anteriormente.

No obstante, el objeto de este estudio no es profundizar sobre el concepto o las causas de las pérdidas de cada producto que ha sido tratado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino simplemente identificar y analizar los pronunciamientos de Derecho sustantivo contenidos en las principales sentencias del Alto Tribunal que puedan ser relevantes para la resolución de esta clase de controversias.

Y es que la especialidad y dispersión de la normativa aplicable a este tipo de procesos, la diversidad y la complejidad de los contratos bancarios, junto con el relevante número de cuestiones jurídicas planteadas, ha hecho necesario que los profesionales del Derecho que intervienen en estas cuestiones hayan tenido que especializarse.

Para ello resulta de especial interés el conocimiento de la jurisprudencia que el Tribunal Supremo ha ido dictando estos últimos años en relación con los productos financieros y de inversión. Todo ello sin perjuicio de que dicha jurisprudencia también resulta de especial utilidad para analizar cómo el Alto Tribunal entiende que deben de plantearse los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal.

Por consiguiente, con este trabajo se ha pretendido realizar un análisis minucioso y pormenorizado de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo respecto a los contratos bancarios, intentando extraer la doctrina de Derecho sustantivo relevante a efectos de la resolución de esta clase de controversias. En este sentido, al referido estudio se ha aportado el conocimiento práctico en la materia adquirido por los autores durante años de ejercicio en la abogacía, atendiendo a los aspectos recurrentes que suelen plantearse en estas disputas como el error en el consentimiento, su excusabilidad, la aplicación de la doctrina de los actos propios, la normativa MIFID o la regulación de

consumidores y usuarios. Así las sentencias del Alto Tribunal analizadas en este libro proporcionan respuestas a muchas de dichas cuestiones que, como puede fácilmente intuirse, trascienden de las circunstancias del caso concreto, pudiendo aplicar su doctrina al resto de litigios que sigan surgiendo dentro de esta materia.

De igual manera, este trabajo también se ha efectuado desde una perspectiva procesal, para intentar determinar cuáles son los criterios que ha ido estableciendo el Alto Tribunal respecto a la formulación de los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal cuando ha resuelto esta clase de litigios.

En consecuencia, mediante el presente libro se pretende ofrecer una herramienta útil y práctica para los profesionales del Derecho que trabajan con los productos bancarios y con los litigios que se originan en torno a su contratación.



# EL CONTRATO DE COMISIÓN BURSÁTIL Y LA STS DE 20 DE ENERO DE 2003

Francisco Javier Cárdenas Gálvez

## 1. EL CONTRATO DE COMISIÓN BURSÁTIL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 declaró la responsabilidad contractual de una entidad financiera respecto de un contrato de comisión bursátil, en aplicación de los artículos 1.726 del Código Civil, el artículo 255 del Código de Comercio y el artículo 81 de la LMV.

Como consecuencia de la citada responsabilidad civil condena al banco a indemnizar los daños y perjuicios causados. En este caso la antedicha condena consistía en restituir las cantidades invertidas no recuperadas, así como el abono de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Es una Sentencia que resulta interesante principalmente por analizar la responsabilidad del comisionista. Así, como posteriormente se explicará, en esta Sentencia se declara su responsabilidad debido a una culpa leve que ha resultado en una mala inversión.

Esta Sentencia se ha convertido en un hito y en una referencia en la materia, por constituir el primer pronunciamiento del Alto Tribunal que estimaba esta clase de responsabilidad respecto a este tipo de litigios.

## 2. OBJETO INICIAL DE LA CONTROVERSIA Y ANTECEDENTES PROCESALES

En este caso, un numeroso grupo de personas acuden a la sociedad IN-VERBAN. De dicha mercantil solicitan consejo sobre en qué productos pueden invertir de forma segura y conveniente. De entre las distintas opciones que

hay, INVERBAN aconseja la suscripción de pagarés emitidos por la sociedad PRIMA INMOBILIARIA, S.A.

Según se indica en las distintas instancias, los futuros demandantes aceptan el consejo de INVERBAN dada su falta de conocimiento sobre los mercados, así como por la confianza que INVERBAN les inspiraba al haber suscrito con anterioridad otros productos por recomendación de la sociedad cuyo resultado fue favorable.

Los pagarés se compraron entre marzo y mayo del año 1992 con vencimiento en los mismos meses de 1993 y el 12 de diciembre de 1992. Pero antes del vencimiento la entidad emisora solicitó suspensión de pagos y no hizo frente al abono de los pagarés, causando un evidente perjuicio económico a los suscriptores de los pagarés.

Los demandantes interpusieron demanda ante los Juzgados de Primera Instancia de Valencia.

El 18 de mayo de 1995 dictó sentencia el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia desestimando la demanda interpuesta por los demandantes.

Ante dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, del que conoció la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia. El 2 de abril de 1997 se desestimó el recurso de apelación.

Frente a la mentada sentencia se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que estimó el recurso el 20 de enero de 2003, condenando a la demandada INVERBAN a restituir los pagarés no satisfechos a cada demandante por su inversión más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda.

### 3. PRINCIPALES HECHOS DECLARADOS PROBADOS

Es interesante remarcar que en la correspondiente instancia quedaron fijados como hechos probados los siguientes:

- Los actores, con voluntad de invertir sus ahorros en productos financieros, acudieron a INVERBAN, para que les indicara cuáles eran los más seguros y convenientes.
- INVERBAN les recomendó los pagarés emitidos por PRIMA INMOBILIARIA, S.A.

- Los inversores no se opusieron a ello, ya que con anterioridad habían confiado en los servicios de INVERBAN con buenos resultados.
- Se suscribieron unos pagarés de marzo y mayo de 1992, con vencimiento en los mismos meses de 1993 y en diciembre de 1992.
- No se pudieron cobrar porque el 12 de diciembre de 1992 la emisora solicitó suspensión de pagos.
- Que dos entidades financieras propietarias de INVERBAN eran a su vez acreedores significativos de PRIMA INMOBILIARIA, por lo que INVERBAN debía haber sabido de la delicada situación en la que se encontraba la emisora de los pagarés y por ende no debía haber recomendado la suscripción de los mismos.

#### 4. MOTIVOS DE LOS RECURSOS PLANTEADOS Y CUESTIONES DE TÉCNICA CASACIONAL SUSCITADAS

Dada la fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial (2 de abril de 1997) y la interposición del recurso ante el Tribunal Supremo, la ley aplicable era la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

En primer lugar, resulta llamativa la duración del procedimiento: la sentencia desestimando la demanda es de 18 de mayo de 1995 y la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo es de 20 de enero de 2003. Es decir, el plazo de resolución del procedimiento se alargó casi 8 años. Sin embargo, la estadística del año 2002<sup>4</sup> de duración de procedimientos establecía que se tardaban 32,07 meses de media en resolver los asuntos (un poco menos de 3 años). En este asunto, la sentencia de la Audiencia Provincial es de 1997, y no es hasta 2003 cuando se resuelve por el Alto Tribunal, lo cual supone una duración del proceso que dobla la prevista en la estadística para aquel año.

Dado que el recurso de casación se articula al amparo de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, el análisis de la técnica casacional será más breve que

4 Vid. Estadísticas judiciales 1995-2002, accesible en [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&resrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2Fcgpj%2FSECRETAR%25C3%258DA%2520GENERAL%2FMEMORIA%2520ANUAL%2FFICHERO%2FEstadistica%2520judicial\\_1.0.0.pdf&ei=7osoU8CvK9SP7AbxoIHwCw&usg=AFQjCNHdatKAnywbiLGih7aK9b-g7AYqokA](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&resrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2Fcgpj%2FSECRETAR%25C3%258DA%2520GENERAL%2FMEMORIA%2520ANUAL%2FFICHERO%2FEstadistica%2520judicial_1.0.0.pdf&ei=7osoU8CvK9SP7AbxoIHwCw&usg=AFQjCNHdatKAnywbiLGih7aK9b-g7AYqokA) consultada el 10 de septiembre de 2013.

el realizado en otras sentencias: únicamente comentaremos superficialmente los motivos, sin entrar en el análisis procesal del recurso dada su escasa relevancia práctica en la actualidad.

De forma preliminar, debemos exponer que el recurso de casación interpuesto se funda en cuatro motivos al amparo del artículo 1.692<sup>5</sup> de la anterior LEC, que consisten:

- Los motivos primero y segundo se basan en infracciones de los artículos 244 y 255 del Código de Comercio y 1.726 del Código Civil.

El artículo 1.726 del Código Civil regula la responsabilidad del mandatario, no sólo por dolo, sino también por culpa, precisando el artículo que la misma deberá estimarse con mayor o menor rigor según el mandato haya sido o no retribuido.

Por otro lado, el artículo 244 del Código de Comercio<sup>6</sup> reputa el mandato como comisión mercantil cuando el objeto sea un acto u operación de comercio y una de las partes sea comerciante. Por su parte el artículo 255 del CCio<sup>7</sup> prevé que el comisionista consulte cuestiones no previstas por el comitente.

- En el motivo tercero se denuncia la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, hoy derogado por el apartado 2.1º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Antes de su derogación, el artículo tenía el siguiente contenido: «*Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone*».

5 Que expresamente disponía: «*El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:*

(...)

4º *Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate*».

6 El citado artículo establece: «*se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista*».

7 El referenciado precepto indica: «*en lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio.*

*Mas si estuviera autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuera posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio. En el caso de que un accidente no previsto hiciere, a juicio del comisionista, arriesgada o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicando al comitente, por el medio más rápido posible, las causas que hayan motivado su conducta*».

El motivo resulta estimado –como los anteriores– en el Fundamento de Derecho Cuarto, exponiendo que *«la carga de probar lo contrario, esto es, la absoluta independencia de los órganos de administración de la sociedad comisionista (...) correspondía a la demandada, simplemente, por aplicación del principio, reconocido jurisprudencialmente, de su mejor posición en relación con las fuentes de pruebas, lo que hubiera facilitado la adquisición de los datos probatorios oportunos»*.

Y con la estimación de los tres motivos resulta suficiente según el Fundamento de Derecho Quinto para declarar haber lugar al recurso.

## 5. PRINCIPAL DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA

La Sentencia comentada pivota en torno al contrato de comisión bursátil y la responsabilidad derivada del mismo. Así, la resolución en el Fundamento de Derecho Segundo, define el contrato de comisión bursátil del siguiente modo:

*«el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza de comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el «mercado de valores», al llamado contrato de «comisión bursátil», de manera que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del Mercado de Valores»*.

A estos efectos conviene recordar que el contrato «simple» de comisión mercantil lo ha venido conceptualizando la doctrina como *«un contrato de mandato cualificado por dos elementos: a) la profesión de las partes, pues una de ellas, al menos, ha de ser comerciante; b) el carácter empresarial del negocio de ejecución o gestión objeto del contrato de comisión, que debe ser un «acto u operación de comercio»*<sup>8</sup>.

Por lo tanto, en este pronunciamiento el Tribunal Supremo hace una correcta distinción de los diferentes contratos, aclarando que nos encontramos ante un contrato de comisión mercantil de los regulados en el artículo 244 del

---

8 Cfr. ALONSO ESPINOSA, F. J., *Derecho Mercantil de Contratos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 69.

Código de Comercio, y que si el objeto de la comisión son valores –como es el supuesto enjuiciado por la Sentencia analizada–, entonces nos encontramos ante una comisión bursátil, siendo aplicables al comitente las descritas normas de conducta recogidas en el Título VII de la LMV respecto a la diligencia, la información, el cuidar los intereses ajenos como propios y el deber de lealtad.

La doctrina que contiene la Sentencia es ciertamente relevante, habida cuenta que establece el contenido obligacional de esta clase de contrato, así como la responsabilidad exigible a las entidades financieras por el asesoramiento prestado en la comercialización de inversiones que finalmente resultan ruinosas para sus clientes.

La Sentencia analizada es la primera del Tribunal Supremo en establecer dicha responsabilidad, siendo su doctrina aplicada por sentencias posteriores. A modo de ejemplo del impacto de esta resolución, mencionamos la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de noviembre de 2012, que recogiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo, se pronuncia del siguiente modo<sup>9</sup>:

*«La falta de cumplimiento del citado deber de información por parte de dicha entidad en la contratación de los correspondientes productos financieros para sus clientes, supone una conculcación por su parte del deber que le alcanza, por razón del contrato mercantil de comisión bursátil que le vincula con sus citados clientes (artículo 244 del Código de Comercio), de actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los citados mercados, y, por ello, muy especialmente observar las «normas de conducta» que disciplinan su actuación, entre las que destacan, como ya se ha señalado anteriormente, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre informados y la de cuidar de los intereses de los mismos, como si fueran propios, incumplimiento contractual que origina en la entidad comisionista el deber de responder de los daños y perjuicios causados a los inversores por la mala inversión llevada a cabo por ellos (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2.003, dictada en el Rec. nº 1.755/1.997)».*

En el mismo sentido se ha manifestado una reciente sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 29 de octubre de 2013, reco-

giendo la responsabilidad de la entidad financiera por el contrato de comisión bursátil, e incluso declarando la nulidad del contrato por error por la falta de explicación del producto<sup>10</sup>:

*«podría calificarse la relación habida entre las partes como de un contrato de comisión bursátil, tal y como lo hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17, de fecha 27 de Julio del 2012, donde se examinaba un supuesto de compra de Bonos Lehman Brothers, refiriéndose a que «nos encontramos ante un contrato, conforme lo define la antedicha Sentencia del Tribunal Supremo (de fecha 20 de enero de 2003), de comisión bursátil, con independencia de que se plasmara o no por escrito por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico, concurriendo los requisitos de consentimiento, objeto y causa que exige el artículo 1261 del Código Civil, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254 CCiv.), y se perfecciona por el mero consentimiento (art. 1258 CCiv.), obligando, desde entonces, no sólo al cumplimiento del o expresamente pactado, sino también a todas la consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CCiv.).».*

(...)

*A la vista de la prueba practicada, ha de darse la razón a los apelantes en cuanto a la concurrencia de error en su consentimiento al contratar los cuatro productos, provocado precisamente por la falta de información clara y suficiente por parte de Barclays, lo que provocó un desconocimiento en los contratantes acerca de su funcionamiento, sus condiciones esenciales y sus riesgos, teniendo al firmar una creencia inexacta o una representación mental equivocada acerca de lo que contrataban (STS 12-11-2010 y SAP Jaén, Secc. 1ª de 28-01-2013).*

*Para que el error produzca la nulidad del consentimiento y la del contrato, tal y como declara el art. 1265 Cc es necesario no sólo que se pruebe por quien lo alega (SS.T.S. 13 diciembre 92 (RJ 1992, 10399) y 30 mayo 95 (RJ 1995, 4205) ), sino que como dispone el art. 1266 Cc y la doctrina jurisprudencial, recaiga sobre la sustancia de la cosa o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (art.1.266, párrafo primero), habiendo dicho el T.S., que el error en el objeto al que se refiere el precitado precepto, para que invalide el consentimiento ha de recaer sobre de alguna de las condiciones que se le atribuyen a la cosa, y que ha de tratarse de error excusable es decir no atribuible a negligencia de quien lo alega, de tal forma que pudiera haber sido evitado mediante el empleo de una diligencia media (SS.T.S. 3 marzo 94 (RJ 1994, 1645), 6 noviembre 96 (RJ 1996, 7912) y 30 septiembre 99 (RJ 1999, 7003), 12 de julio de 2.002 (RJ 2002, 7145), entre otras muchas). Es decir, el error debe ser esencial, sustancial y excusable.*

*Y en el caso, ha quedado acreditado que los actores, que carecían de conocimientos financieros de este tipo de productos complejos, no fueron informados acerca de los concretos términos y condiciones de los mismos, de manera que al firmar no tuvieron un completo conocimiento de su funcionamiento y sobre todo del riesgo de pérdida de capital, condiciones esenciales no explicadas por la entidad, sin que a los actores les sea achacable falta de diligencia, pues confiaron en la información dada por el asesor asignado Sr. Ambrosio».*

La consecuencia jurídica que impone el Tribunal Supremo a la entidad financiera derivada de la citada responsabilidad es la condena a devolver el importe completo a los inversores en concepto de daño y los intereses legales como perjuicio.

En este supuesto, se podría entender que el cliente al invertir en productos de alta rentabilidad debía ser consciente del consecuente alto riesgo. Por lo tanto, con esta configuración de la responsabilidad parece que puede incentivarse la despreocupación del cliente con la inversión, ya que si resulta conforme a lo previsto, recibirá el dinero invertido y los intereses; pero si la inversión resulta ruinosa, podrá demandar a la entidad financiera y obtener el dinero invertido.

Así se ha pronunciado CARRASCO PERERA<sup>11</sup>, al criticar el mencionado posicionamiento porque *«es extremadamente gravoso para la sociedad financiera, y no tiene en cuenta que el alto riesgo de aquellas inversiones era conocido, o en todo caso compensado por los esperados rendimientos. Si éstos se realizan, todo el beneficio es del cliente; pero si se frustran, todo el riesgo es del «bróker». Esta distribución de costes y beneficios no es seguramente la que las partes hubieran convenido, y crea enormes lastres en los mercados financieros españoles».*

Esta reflexión que hace CARRASCO PERERA parece aplicable no sólo a la comisión bursátil, sino también a la contratación de otros productos de inversión respecto de los cuales las Audiencias Provinciales parece que se están posicionando mayoritariamente a favor de los clientes, a pesar de que éstos no hayan leído los contratos o hayan contratado reiteradamente el mismo producto a lo largo de los años<sup>12</sup>.

11 Cfr. «Responsabilidad por asesoramiento financiero defectuoso». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, parte Tribuna, 2003, pág. 1.

12 Vid. MARÍN NARROS, H. D., «Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 737, 2013, págs. 1.490 y ss.

En la actualidad hemos podido observar cómo el estándar de diligencia exigible a la entidad financiera crea una responsabilidad casi objetiva para la misma.

No obstante, y consonancia con lo anterior, CARRASCO PERERA<sup>13</sup> en el año 2003 ya anticipaba que *«estas Sentencias tendrán una trascendencia decisiva en el futuro reparto de riesgos en los mercados financieros. Se eleva (o se crea) un estándar de diligencia exigible a los «brokers» y, con ello, se incrementan los costes de información de la que éstos deben proveerse y proveer a sus clientes (...). Es evidente que se limitarán en el futuro las inversiones arriesgadas, perdiéndose eventualmente el beneficio indisolublemente unido, aunque aleatorio, a este mayor riesgo. Y también que las asesorías jurídicas se moverán para neutralizar por pactos contractuales este riesgo, excluyendo o limitando esta nueva forma de responsabilidad»*.

Con posterioridad a la Sentencia estudiada, lo cierto es que los distintos documentos contractuales elaborados por las entidades financieras han ido incluyendo cláusulas que parecen buscar la exoneración en caso de que el resultado no fuera el deseado por el cliente<sup>14</sup>.

Adicionalmente a lo anterior, no es menos cierto que la regulación se ha ido encaminando hacia una protección cada vez mayor de los clientes minoristas. Prueba de ello es la implantación en España de la conocida normativa MIFID a través principalmente de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Sin embargo, y a pesar de la distinta doctrina del Tribunal Supremo respecto de los diversos contratos bancarios, lo cierto es que en muchos de estos procedimientos se discute básicamente el error en el consentimiento. Y sobre tal cuestión se pueden sentar los requisitos o los criterios para la apreciación del error, pero resulta prácticamente imposible sentar un único patrón que aglutine todos los supuestos, dado que cada comercialización, cada cliente, cada empleado del banco es distinto. No habiendo dos casos iguales, no debería haber una solución jurídica única para todos los supuestos de hecho, pues como bien ha mencionado la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 26 de septiembre de 2011<sup>15</sup>: *«no puede haber un único patrón de resolución»*.

13 Cfr. *op. cit.*, pág. 1.

14 Vid. GARCÍA ANGULO, B. L., *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas, 2011, págs. 81 y ss., SSAP de Asturias, Sec. 4ª, de 14 de febrero de 2011, de León, Sec. 2ª, de 21 de enero de 2011 y de Lugo, Sec. 1ª, de 8 de febrero de 2011.

15 Cfr. Fundamento de Derecho Tercero

Finalmente, tenemos que señalar que la Sentencia comentada no se pronunció sobre el lucro cesante. Esta cuestión relevante ha sido tratada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya en su sentencia de 28 de enero de 2011, resolviendo un asunto en el que se enjuicia la existencia de un contrato de gestión de carteras y su responsabilidad.

La Sentencia recoge que *«estamos en presencia de un contrato de gestión de cartera (...) y desde esta óptica habremos de analizar si la demandada cumplió con sus obligaciones a la hora de gestionar la cartera del inversor»*<sup>16</sup>.

Y con respecto a la responsabilidad por el incumplimiento del contrato –en este caso, la extralimitación en la inversión– condena a devolver el importe invertido, pero no acoge la pretensión del lucro cesante:

*«De lo hasta aquí expuesto no cabe sino concluir que Inversis incumplió su contrato, no operó con la debida transparencia y no informó suficientemente al cliente sobre los riesgos asumidos, lo que comporta la estimación de la demanda en cuanto al daño emergente, a saber, si el demandante ingresó en Inversis la suma de 450.000 euros y le fue restituida la de 404.790,98 euros, la diferencia entre las sumas debe ser reintegrada por Inversis, a saber la de 45.209,02 euros.*

*Tema distinto es el concerniente al lucro cesante. En cualquier inversión, ya sea discrecional de cartera ya sea dirigida por el propio interesado, es de todo punto imposible garantizar un retorno positivo. Nadie puede ni asegura al cliente que sus inversiones serán rentables alcanzando el compromiso tan sólo a tratar de hacer una gestión profesional encaminada a obtener los mejores resultados posibles. Pero nunca a que en todo caso los rendimientos de la cartera serán siempre positivos.*

*Desde esta óptica no cabe entender, como hace el recurrente, que de haber invertido la demandada en los parámetros establecidos en el contrato de gestión discrecional hubiera obtenido un resultado positivo, pues es una mera suposición y nunca una realidad. Por tanto y en cuanto a la petición de lucro cesante, procede la íntegra desestimación de la demanda»*<sup>17</sup>.

En consonancia con lo expuesto, del análisis de la sentencia comentada pueden extraerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que un comisionista puede ser responsable por el conocimiento que sus socios podían tener de la precaria situación económica de la mercantil en la que se invierte.

16 Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

17 Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

En segundo lugar, que un comisionista bursátil puede actuar con ligereza, y por tanto negligentemente, cuando sin avisar al cliente del riesgo de la inversión, podía tener conocimiento de que la inversión no podía calificarse como segura y fiable por noticias de su entorno, sino que tenía un riesgo considerable.

En tercer lugar, se establece en esta Sentencia por el Tribunal Supremo un estándar de responsabilidad elevado para las entidades financieras: el hecho de que el banco matriz sea acreedor de la sociedad en la que se invierte le presupone un conocimiento más o menos cierto de las finanzas de la sociedad.

Y por último, se impone a la entidad financiera la carga de probar que desconocía la situación patrimonial de la mercantil en la que se invierte porque tiene mayor facilidad probatoria. Sin embargo, no expone de qué modo podría acreditarse tal cuestión. En cualquier caso, el cumplimiento de esa carga probatoria se antoja, cuando menos, complicado.

