



Roj: **STS 633/2021 - ECLI:ES:TS:2021:633**

Id Cendoj: **28079110012021100089**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2021**

Nº de Recurso: **2531/2018**

Nº de Resolución: **88/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 88/2021**

Fecha de sentencia: 17/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2531/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2531/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 88/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 17 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella. Es parte recurrente la entidad SL Mortgage Funding



nº 1 LTD, representada por el procurador Federico Ortíz-Cañavate Levenfeld y bajo la dirección letrada de Gunter Helbing. Es parte recurrida Carlos Miguel , representado por la procuradora Beatriz Ruano Casanova y bajo la dirección letrada de Salvador Martínez Echevarría Maldonado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Javier Bonet Teixeira, en nombre y representación de Carlos Miguel , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella, contra la entidad SL Mortgage Funding nº 1 LTD, para que se dictase sentencia por la que:

"a) Declarar la nulidad absoluta y de pleno derecho del contrato de préstamo hipotecario concertado con la entidad SL Mortgage Funding Nº 1 Ltd por concurrir los motivos de nulidad e ineficacia que se desarrollan en los apartados VIII y IX de los fundamentos de derecho de esta demanda, aunándole los efectos propios de la declaración de nulidad contractual con la salvedad de tener por ejecutada la restitución de lo recibido por el Sr. Carlos Miguel con la cesión a la prestamista de las participaciones en el fondo de inversión International Capital Accumulation Fund que fueron adquiridas con el importe del préstamo y compensando la posible diferencia que pudiere existir entre el valor líquido de esos fondos y la cantidad debida por todos los conceptos al banco con cargo al mecanismo indicado de los artículos 1.305'2 y 1.306'2 del Código Civil o, en su caso, con cargo a la indemnización por daños morales que se petitiona en esta demanda.

"b) Con carácter subsidiario a las petición a), declarar la responsabilidad por incumplimiento contractual doloso de la demandada y condenarla a indemnizar los daños y perjuicios causados a nuestro representado en cuantía coincidente con lo que por todos los conceptos se adeude en relación al préstamo hipotecario a la fecha de su ejecución, importe necesario para su cancelación, deduciendo el valor que se obtenga por la venta de los fondos de inversiones en tal fecha.

"c) Condenar a la demandada a indemnizar a nuestro representado en la cantidad de sesenta mil euros en concepto de daños morales, en los términos que se concretan en el fdo de derecho XI de este escrito de demanda.

"Con imposición en todo caso de las costas causadas".

2. El procurador David Lara Martín, en representación de la entidad SL Mortgage Funding nº 1 LTD, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime dicha demanda, con expresa imposición de costas al actor".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella dictó sentencia con fecha 1 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimar la demanda interpuesta por el procurador D. Javier Bonet Teixeira, en nombre y representación de D. Carlos Miguel , contra la mercantil SL Mortgage Funding nº 1 LTD, y en su virtud, absolver a la demandada de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas a la parte actora".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Carlos Miguel .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga mediante sentencia de 21 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Miguel contra la sentencia de 1 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella en autos de juicio ordinario número 418/12, previa revocación de la misma debemos acordar y acordamos estimar parcialmente la demanda presentada declarando la nulidad del contrato de préstamo celebrado con la entidad demandada con los efectos previstos en el Fundamento de derecho tercero de esta resolución sin imponer las costas de primera instancia a ninguna de las partes y sin hacer expresa declaración de las costas de esta alzada".

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

1. El procurador José María Oleaga, en representación de la entidad SL Mortgage Funding nº 1 LTD, interpuso recurso de casación ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga.



Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 64.7 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el art. 2 LMV.

"2º) Infracción del art. 1257 CC".

2. Por diligencia de ordenación de 11 de mayo de 2018, la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.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 la entidad SL Mortgage Funding nº 1 LTD, representada por el procurador Federico Ortíz-Cañavate Levenfeld; y como parte recurrida Carlos Miguel, representado por la procuradora Beatriz Ruano Casanova.

4. Esta sala dictó auto de fecha 23 de septiembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de S.L. Mortgage (sic) Funding 1 Limited contra la sentencia dictada con fecha 21 de marzo de 2018, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, en el rollo de apelación n.º 64/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 418/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Marbella".

5. Dado traslado, la representación procesal de Carlos Miguel 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 10 de febrero de 2021, 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 15 de febrero de 2007, Carlos Miguel concertó el siguiente entramado contractual: un préstamo hipotecario con SL Mortgage Funding nº 1 Ltd por un importe de 351.000,43 euros, la mayor parte del cual era destinado a la adquisición de un producto financiero complejo (Turnkey Mortgage) y una suma de 23.400,03 euros se entregó al prestatario. En cada uno de los cuatro años posteriores (2008, 2009, 2010 y 2011), el Sr. Carlos Miguel recibió un pago anual de 9.360,01 euros.

Fue la entidad SL Mortgage Funding nº 1 Ltd quien promovió y comercializó este producto financiero complejo, sin estar autorizada para ello.

El cliente había sido captado por el asesor financiero Peter Seamer, de la entidad Langtons (Independent Financial Advisor) Ltd.

2. Carlos Miguel formuló una demanda contra SL Mortgage Funding nº 1 Ltd en la que ejercitó una acción de nulidad absoluta del reseñado contrato, junto con los consiguientes efectos restitutorios, y subsidiariamente una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual doloso. En ambos casos, pedía una indemnización por daños morales de 60.000 euros.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al entender que quien comercializó el producto fue Langtons Ltd, que no es parte en el procedimiento, y no advertir ninguna causa, falta u otra razón que justificara la nulidad. Tampoco apreció incumplimiento contractual alguno que justificara la responsabilidad por incumplimiento contractual.

4. Recurrida la sentencia en apelación por el demandante, la Audiencia estima en parte el recurso y, con ello, también en parte la demanda.

Primero entiende, después de analizar la prueba, que fue la demandada quien promovió y comercializó, sin autorización para ello, el producto financiero:

"a la luz del material probatorio existente, ha quedado acreditado que era la entidad demandada la que promovía y comercializaba, sin autorización para ello, el producto financiero denominado "Turnkey Mortgage", sin que, en forma alguna, pueda entenderse que su intervención se limitase a la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria, para lo que no necesitaba autorización administrativa al no ser una entidad de crédito".



Luego argumenta que el préstamo hipotecario y la adquisición del producto financiero eran operaciones contractuales vinculadas, objeto de una oferta conjunta, con el atractivo de dar cobertura a los costes del préstamo con los previsibles beneficios del fondo de inversión, y que esta operación era económicamente muy arriesgada. Y concluye, a continuación, la nulidad de su contratación, con la siguiente argumentación:

"Y siendo esto así la falta de autorización de la demandada para comercializar en España el producto litigioso, presenta especial gravedad en la medida en que implica privar de protección al inversor minorista, dado que dentro del régimen especial de protección se encuentra el principio de reserva de la actividad de asesoramiento financiero a las entidades que cumplan con los requisitos legalmente establecidos, resultando de aplicación lo dispuesto en el art. 6.3 del C.c".

En cuanto a los efectos de la nulidad, en síntesis estima procedentes los restitutorios, pero no la indemnización por daño moral, conforme al siguiente razonamiento:

"En cuanto a los efectos de la nulidad serán los derivados del artículo 1303 del Código Civil al no concurrir los requisitos necesarios para la aplicación de lo previsto en los artículos 1305.2 y 1306.2 del CC, ni haberse practicado por el apelante prueba alguna tendente a acreditar los daños morales cuya indemnización reclamaba la actora en demanda. Es por ello que dando por reproducidos los argumentos que recoge en su fundamento quinto la sentencia de la AP de Almería de 6 de septiembre de 2017, aportada por la propia parte apelante, no puede la actora hacer suyas las cantidades entregadas a cuenta del préstamo en metálico debiendo devolverlas junto con la participación en los fondos de inversión, correspondiendo a la demandada liberar la vivienda tras la cancelación de la hipoteca, asumiendo la demandada el menor valor de los fondos así como los gastos de la operación".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandada, sobre la base de dos motivos.

Los motivos de admisibilidad aducidos en la oposición al recurso se refieren a cuestiones que deben ser apreciadas al entrar a analizar cada uno de los motivos.

#### **SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se funda en la infracción del art. 64.7 LMV, en relación con el art. 2 LMV, pues la sentencia basa la nulidad del contrato de préstamo en la falta de autorización para prestar servicios de inversión, sin que estas normas sean aplicables al préstamo hipotecario.

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

2. *Desestimación del motivo.* Esta cuestión ya fue resuelta por esta sala en la sentencia 484/2020, de 22 de septiembre, en la que se cuestionaba, frente a la demandada, una operación de inversión semejante. En aquella sentencia advertíamos cómo el presupuesto del motivo es erróneo, pues pretende deslindar la operación de préstamo hipotecario de la inversión realizada con la mayoría del importe del préstamo, cuando la Audiencia ha entendido que se trataba de operaciones vinculadas, en cuanto que la primera estaba destinada a financiar la segunda. De tal forma, que resulta de aplicación lo razonado en aquel precedente:

"La parte recurrente (...) intenta fragmentar el conjunto contractual ofertado a los clientes y colocarse como mera prestamista, ajena a los productos de inversión a los que se aplicaba, mayoritariamente, el importe de los préstamos.

"Sin embargo, ello no es así, porque los préstamos no se concedían con la única finalidad de dotar de capital a los prestatarios, sino que estaban indisolublemente unidos a un negocio jurídico conexo por el cual el dinero obtenido con el préstamo se invertía casi en su totalidad en un fondo de inversión sugerido por la propia prestamista, quien, además, mantenía en régimen fiduciario la titularidad de las participaciones del fondo.

"Desde ese punto de vista, SLMF cumplía no solo funciones de prestamista, sino también de entidad de servicios de inversión. El conjunto compuesto por el préstamo y su aplicación a un fondo de inversión constituye un instrumento financiero de los enumerados en el art. 2 LMV, en cuanto que dicho precepto incluye las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva, así como las de las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.

"Por la misma razón, resulta artificioso pretender que se demandara a terceras empresas, cuando quien manejaba el fondo inversor era la misma sociedad prestamista y tales empresas eran meros agentes suyos".

3. *Formulación del motivo segundo.* El motivo se funda en la "infracción del art. 1257 CC, precepto que consagra la relatividad contractual, como norma sustantiva para resolver las cuestiones objeto del proceso, ya que la sentencia, en cuanto estimatoria, basa la declaración de nulidad del contrato de préstamo en la vinculación del contrato de préstamo con el contrato de adquisición de participaciones del fondo".



En el desarrollo del motivo, el recurrente concluye, a modo de resumen, que "incluso partiendo de la vinculación entre los contratos de inversión y financiación, no se dan los requisitos para extender la nulidad de un contrato porque el contrato de inversión no es objeto del presente pleito y no se ha efectuado reclamación alguna a su proveedor, por lo que no procede aplicar la jurisprudencia sobre los contratos vinculados para superar lo dispuesto en el art. 1257 del Código Civil: los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan".

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

**4. Desestimación del motivo.** El recurrente obvia que la sentencia recurrida ha declarado probado que la demandada, además de haber otorgado la financiación, había comercializado el producto financiero a cuya adquisición se destinaba la mayoría del préstamo. Y esta sala ha reiterado en otras ocasiones en que se había ejercitado la acción de nulidad frente a la comercializadora del producto financiero complejo, y no frente a quien lo había emitido, la legitimación pasiva de la entidad comercializadora.

Así en unos supuestos de comercialización de participaciones preferentes por una entidad bancaria distinta de las emisoras de estos productos, hemos entendido que "sin perjuicio de quién fuera la entidad emisora de las "aportaciones financieras subordinadas", a los efectos del presente proceso (la acción ejercitada de nulidad por error vicio), se sobreentiende que su comercialización se realizó entre -la entidad demandada- y el demandante, razón por la cual la nulidad afecta exclusivamente a esta comercialización y los efectos consiguientes alcanzan a una y otro, partes en la comercialización" ( sentencia 718/2016, de 1 de diciembre, con cita de la anterior sentencia 625/2016, de 24 de octubre).

#### **TERCERO. Costas**

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con su recurso ( art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **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 SL Mortgage Funding nº 1 Ltd contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) de 21 de marzo de 2018 (rollo 64/2017) que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella de 1 de abril de 2016 (juicio ordinario 418/2012).

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

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.