



Roj: **STS 3377/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3377**

Id Cendoj: **28079110012019100536**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2019**

Nº de Recurso: **3098/2015**

Nº de Resolución: **558/2019**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9217/2015,**
STS 765/2019,
ATS 7351/2019,
STS 3377/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 558/2019

Fecha de sentencia: 23/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3098/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3098/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 558/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 243/2015, de 16 de junio, aclarada por auto de 28 de julio de 2015, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 839/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid, sobre nulidad de **contratos** financieros atípicos y, subsidiariamente, responsabilidad por daños y perjuicios.

Son parte recurrente D. Valentín, D.^a Bárbara, Buenaventura Corporativa S.L., D. Jose Miguel, D. Jose Pablo y D.^a Brigida, representados por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín y bajo la dirección letrada de D. Fernando Zunzunegui Pastor.

Son partes recurridas Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A., representadas por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Jorge Capell Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de D. Valentín, D.^a Bárbara, Buenaventura Corporativa S.L., D. Jose Miguel, D. Jose Pablo y D.^a Brigida, interpuso demanda de juicio ordinario contra Popular Banca Privada S.A. y Banco Popular Español S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] 1) Que se declare la nulidad de los **contratos** financieros atípicos suscritos por los demandantes con Popular Banca Privada, S.A., y que de conformidad con el art. 1303 del Código Civil, se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones, con condena a Popular Banca Privada, S.A. a la restitución de las cantidades entregadas por los Clientes previa compensación con las abonadas por la demandada, en concepto de cupones y de liquidación final del **contrato**, con puesta a disposición de Popular Banca Privada S.A., de las acciones recibidas y de sus dividendos, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado. Asimismo, que se declare la nulidad de las pólizas de **préstamo** suscritas por los demandantes con Banco Popular Español S.A., así como sus renovaciones, incluida la garantía pignoratícia, con devolución por parte de Banco Popular Español S.A. de las comisiones e intereses pagados por los demandantes resarcido asimismo de los gastos notariales de dichos **préstamos**.

"2) Subsidiariamente se solicita que se declare el incumplimiento por parte de Popular Banca Privada S.A., de sus obligaciones contractuales esenciales en la venta-asesorada de los **contratos** financieros atípicos, y en particular por incumplir su obligación de abstención de ofrecer productos no adecuados, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y de conformidad con el art. 1.124 y 1.101 del Código Civil, se declare el resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la condena a Popular Banca Privada, S.A. a la restitución de las cantidades entregadas por los Clientes previa compensación con las abonadas por la demandada, en concepto de cupones y de liquidación final del **contrato**, con puesta a disposición de Popular Banca Privada, S.A. de las acciones recibidas y sus dividendos, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado. Asimismo, por aplicación de estos mismos preceptos del Código Civil, que se declare la obligación de Banco Popular Español S.A. de resarcir también los daños ocasionados por la contratación de las pólizas de **préstamo** con devolución por parte de Banco Popular Español, S.A. de las comisiones e intereses pagados por los demandantes resarcido asimismo Banco Popular Español S.A. de los gastos notariales de dichos **préstamos**.

"3) Subsidiariamente se solicita que, se declare que Popular Banca Privada, S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los **contratos** financieros atípicos y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la posición, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida ocasionada que se concreta en la condena a Popular Banca Privada S.A. a la restitución de las cantidades entregadas a los Clientes previa compensación con las abonadas por Popular Banca Privada S.A., en concepto de cupones y de liquidación final del **contrato**, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.

"4) Subsidiariamente se solicita que, se declare que Popular Banca Privada S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los **contratos** financieros atípicos, y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de



diversificación de las inversiones, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida ocasionada que se concreta en la condena a Popular Banca Privada S.A. a la restitución de las cantidades entregadas por los Clientes, minoradas en un 10%, previa compensación con las abonadas por Popular Banca Privada, S.A., en concepto de cupones y de liquidación final del **contrato**, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.

" 5) Subsidiariamente se solicita que se condene a Popular Banca Privada S.A. a devolver 500.124,07 euros de comisiones ilícitas no informadas cobradas a los actores en la contratación de los productos estructurados, con los intereses legales que se hayan devengado.

" 6) De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas".

2.- La demanda fue presentada el 11 de junio de 2012 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid, fue registrada con el núm. 839/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María José Bueno Ramírez, en representación de Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid, dictó sentencia 46/2013, de 18 de febrero, cuya parte dispositiva dispone:

"Estimo la demanda interpuesta por el Procurador don Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de D. Valentín , D.^a Bárbara , Buenaventura Corporativa S.L., D. Jose Miguel , D. Jose Pablo y D.^a Brigida , frente a Popular Banca Privada, S.A. y Banco Popular Español, S.A., y, en consecuencia: 1º.- Declaro la nulidad de los **contratos** financieros atípicos suscritos por los demandados con Popular Banca Privada S.A. objeto del procedimiento, debiéndose proceder a la recíproca restitución de las prestaciones, condenando a Popular Banca Privada, S.A. a restituir a los demandados las cantidades entregadas por estos, previa compensación con las abonadas por dicha demandada en concepto de cupones y de liquidación final del **contrato**, con puesta a disposición de dicha entidad demandada de las acciones recibidas y sus dividendos, y todo ello con los intereses legales que se hayan devengado desde la fecha de entrega a la misma de las cantidades destinadas a la adquisición de los instrumentos financieros; 2º.- Declaro la nulidad de las pólizas de **préstamo** suscritas por los demandantes con la codemandada Banco Popular Español, S.A. así como de sus renovaciones, incluida la garantía pignoraticia, con la subsiguiente devolución por el banco de las comisiones e intereses pagados por los demandantes a quienes ha de resarcir, además, de los gastos notariales incurridos en la formalización de dichos **préstamos**; 3º.- Se imponen las costas del proceso a las demandadas".

Con fecha 29 de mayo de 2014 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Se aclara el Fundamento de Derecho Noveno y el Fallo de la sentencia de fecha 18 de febrero de 2014 en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Único de la presente resolución".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Popular Banca Privada S.A. y Banco Popular Español S.A. La representación de D. Valentín , D.^a Bárbara , Buenaventura Corporativa S.L., D. Jose Miguel , D. Jose Pablo y D.^a Brigida se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 41/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 243/2015, de 16 de junio, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Popular Español SA y Popular Banca Privada, SA, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 34 de Madrid, de 20 de noviembre de 2014, en juicio ordinario 839/2012, resolución que se revoca íntegramente, con desestimación de la demanda presentada por la representación procesal de Buenaventura Corporativa S.L., D. Valentín , D.^a Bárbara , D. Jose Miguel , D. Jose Pablo y D.^a Brigida , a quienes se imponen las costas causadas en la primera instancia, sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada, con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir".

Con fecha 28 de julio de 2015 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Se acuerda: estimar la petición de complemento de la Sentencia de fecha 16 de junio de 2015, dictada en el presente rollo de apelación 41/2015, solicitada por la representación procesal de Buenaventura Corporativa S.L., D. Valentín , D.^a Bárbara , D. Jose Miguel , D. Jose Pablo y D.^a Brigida , Sentencia cuya fundamentación



se completa mediante la presente resolución, en el sentido de desestimar íntegramente las peticiones subsidiarias por ellos planteadas en su escrito de demanda, con desestimación de las peticiones de aclaración de Sentencia planteadas".

TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación

1.- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en representación de D. Valentín, D.^a Bárbara, Buenaventura Corporativa S.L., D. Jose Miguel, D. Jose Pablo y D.^a Brigida, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mis mandantes (artículo 24.1 de la Constitución Española) producida por infracción del principio de intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales".

"Segundo.- Por el cauce del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración de la norma procesal prevista en el artículo 218 LEC que exige congruencia de la Sentencia".

"Tercero.- Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mis mandantes (artículo 24.1 de la Constitución Española) producida por el error patente y manifiesta irrazonabilidad en los que incurre la motivación de la Sentencia en la valoración de la prueba obrante en Autos sobre la información ofrecida a los demandantes al contratar los productos".

"Cuarto.- Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mis mandantes (artículo 24.1 de la Constitución Española) producida por el error patente y manifiesta irrazonabilidad en los que incurre la motivación de la Sentencia, en la valoración de la prueba pericial obrante en Autos con infracción del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los artículos 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

"Quinto.- Por el cauce del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso al haber vulnerado el artículo 412 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción del artículo 6.3 del Código civil en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 834/2009, de 22 de diciembre de 2009, STS 595/2011, de 20 de julio de 2011 y STS 716/2014, de 15 de diciembre de 2014)".

"Segundo.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil sobre la existencia de error vicio de consentimiento, en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015)".

"Tercero.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción del artículo 79.1 LMV y de los artículos 4.1 y 5.1 del Código General de conducta de los mercados de valores anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS del Pleno 244/2013 de 18 de abril y STS 7564/2014 de 30 de diciembre) en cuanto a la obligación de abstención de ofrecer productos no adecuados a los clientes".

"Cuarto.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción de los artículos 79.1e) LMV, la Norma 13ª de la Circular 1/1996, de 27 de marzo, de la CNMV, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del Mercado de Valores, y el artículo 79 bis.1 LMV en cuanto a la negligencia en el cumplimiento de obligaciones de seguimiento de la posición".

"Quinto.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción de los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código Civil en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS del Pleno 244/2013 de 18 de abril, STS 754/2014 de 30 de diciembre y STS del Pleno 460/2014 de 10 de septiembre), en cuanto al deber del prestador de servicios de inversión de indemnizar cuando ha sido negligente en el cumplimiento de los deberes exigibles como profesional".

"Sexto.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción del artículo 79.1 LMV, de los artículos 1 y 2 del Código general de conducta de los mercados de valores anexo al Real Decreto 629/1993, y del artículo 1258 del Código civil, en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS del Pleno 240/2013 de 17 de abril) en cuanto a la negligencia en el cumplimiento de la obligación de diversificación de las inversiones".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de febrero de 2018, que admitió los recursos, y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A. se opusieron a los recursos.

4.- Esta Sala dictó la sentencia 154/2019, de 14 de marzo, que acordó desestimar los recursos interpuestos, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito para recurrir.

5.- La representación de D. Valentín, D.^a Bárbara, Buenaventura Corporativa S.L., D. Jose Miguel, D. Jose Pablo y D.^a Brigida promovió un incidente de nulidad de actuaciones contra la mencionada sentencia.

La representación de Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A. interesó la desestimación de la nulidad de actuaciones solicitada.

6.- Por auto de 25 de junio de 2019, esta Sala acordó declarar la nulidad de la sentencia de 14 de marzo de 2019 y efectuar nuevo señalamiento para votación y fallo.

7.- Se dictó providencia en la que se designó como Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena y se señaló para votación y fallo el día 9 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- En septiembre de 2006, con base en la oferta realizada por Popular Banca Privada S.A., D. Valentín y D.^a Bárbara, Buenaventura Corporativa S.L., D. Jose Miguel, y D. Jose Pablo y D.^a Brigida suscribieron **contratos** con dicha entidad bancaria para la adquisición de un producto financiero estructurado, cuyo subyacente eran las acciones ordinarias del Banco Popular, con vencimiento en septiembre de 2007 y por importe de 1.800.000 €, 1.700.000 €, 1.200.000 € y 1.000.000 €, respectivamente. Los demandantes hicieron estas inversiones con el dinero obtenido de la venta de sus acciones en las compañías "Europa Ferrys S.A." y "Viajes Eurotras S.A.". Cuando se produjo el vencimiento, los demandantes recibieron acciones de Banco Popular con un valor inferior a la inversión que habían realizado (acciones que quedaron pignoradas en garantía del **préstamo** a que se hará referencia en el párrafo siguiente, salvo en el caso de la demandante Buenaventura Corporativa S.L., que no solicitó tal **préstamo**), si bien el cupón que recibieron, sumado al valor de las acciones recibidas, superó el importe de la inversión inicial.

2.- En abril de 2007, con base en una nueva oferta de Popular Banca Privada S.A., D. Valentín y D.^a Bárbara, D. Jose Miguel, y D. Jose Pablo y D.^a Brigida suscribieron nuevos **contratos** con la citada entidad para la contratación de otro producto financiero estructurado sobre acciones de Banco Santander, BBVA y Telefónica, por importes de 2.000.000 €, 1.200.000 €, y 1.000.000 €, respectivamente. Para realizar esta inversión los clientes concertaron con Banco Popular Español S.A. **contratos de préstamo** con la garantía pignoraticia de todos los productos adquiridos. Las pérdidas ocasionadas al vencimiento superaron el 50% del capital invertido.

3.- Los clientes presentaron una demanda contra Popular Banca Privada S.A. y Banco Popular Español S.A. en la que, en lo que aquí es relevante, solicitaron, como petición principal, la nulidad de los **contratos** suscritos, bien por haber infringido el banco codemandado las normas imperativas del mercado de valores (art. 6.3 del Código Civil), o bien por haberse producido un error vicio en el consentimiento prestado por los demandantes, con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas, así como la nulidad de las pólizas de **préstamo** suscritas, incluida su garantía pignoraticia, con la consiguiente devolución por Banco Popular Español S.A. de los intereses, comisiones y gastos satisfechos por los prestatarios.

Subsidiariamente, los demandantes solicitaron que se declarase el incumplimiento contractual de Popular Banca Privada S.A. respecto de las siguientes obligaciones: i) obligación de abstención de ofrecer productos no adecuados al cliente; ii) obligación de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de productos financieros, en particular de las obligaciones de seguimiento de la posición del cliente; iii) obligación de



diversificación de la inversión recomendada. Con base en estos incumplimientos, solicitaron la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Por último, también de forma subsidiaria, solicitaron la restitución de 500.124,07 € en concepto de comisiones ilícitas no informadas y cobradas a los demandantes.

4.- La sentencia de primera instancia estimó la pretensión principal de la demanda y declaró la nulidad de los **contratos** de inversión y de las pólizas de **préstamo** suscritas para la financiación de los **contratos** celebrados en 2007, incluida la garantía pignoratícia, con la consiguiente devolución recíproca de las prestaciones realizadas por ambas partes, la devolución de las comisiones cobradas y el abono de los gastos satisfechos por los clientes en la finalización de los **préstamos**. El juzgado consideró que la información suministrada por la entidad bancaria en los **contratos** de mandato de compra y de suscripción de los productos de inversión era suficiente para permitir la válida formación del consentimiento contractual pero no cumplía con los estándares exigidos por la normativa del mercado de valores, lo que determinaba la nulidad de los **contratos** por infracción de normas imperativas (art. 6.3 del Código Civil).

5.- Los bancos demandados apelaron la sentencia. La Audiencia estimó dicho recurso y, en consecuencia, desestimó la demanda interpuesta. En lo que aquí interesa, la Audiencia aplicó la jurisprudencia que declara que la infracción de los deberes de información contenidos en la normativa sectorial del mercado de valores no comporta la nulidad de los **contratos** de adquisición de estos productos financieros complejos al amparo del art. 6.3 del Código Civil. En un auto de complemento, la Audiencia Provincial desestimó las pretensiones subsidiarias formuladas en la demanda.

6.- La parte recurrente ha aportado dos sentencias (sentencia 271/2016, de 3 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 1, y sentencia de 30 de junio de 2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª) y solicita su admisión al amparo del art. 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Acordamos su inadmisión porque ambos documentos son irrelevantes para la resolución de los recursos, pues estamos resolviendo un recurso de casación en el que se enjuician supuestas infracciones legales de la sentencia dictada por un tribunal de apelación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo*

1.- El primer motivo de este recurso se encabeza así:

"Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mis mandantes (artículo 24.1 de la Constitución Española) producida por infracción del principio de intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales".

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se ha producido porque el auto de complemento altera y modifica los fundamentos de la sentencia, pues esta declara que el Juzgado de Primera Instancia aplicó la normativa vigente, mientras que el auto declara que el Juzgado de Primera Instancia aplicó indebidamente la directiva MiFID pese a no haber sido traspuesta.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- El motivo no puede ser estimado. En primer lugar, el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales afecta a los pronunciamientos que en ellas se contienen, pero no impide que el tribunal, al dictar el auto que subsane la omisión de pronunciamientos debidos, añada nuevos razonamientos a los contenidos en la sentencia que ha de ser completada.

2.- Por otra parte, el párrafo de la sentencia de la Audiencia Provincial en el que los recurrentes apoyan su tesis de que dicha sentencia consideró que el Juzgado de Primera Instancia había aplicado la normativa que podríamos denominar preMiFID, no corresponde a los razonamientos con los que la Audiencia Provincial resuelve el recurso, sino al resumen que esta hace de los razonamientos contenidos en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

3.- Que el Juzgado de Primera Instancia haya razonado en su sentencia que aplica unas determinadas normas (preMiFID), y que la sentencia de la Audiencia Provincial recoja esa afirmación del juzgado al resumir los razonamientos de la sentencia recurrida, no es obstáculo para que la Audiencia Provincial realice un juicio crítico de esa afirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y considere que el juzgado se ha excedido al interpretar la normativa vigente a la luz de la nueva normativa MiFID.

4.- La corrección o incorrección de esa apreciación de la Audiencia Provincial es completamente ajena al vicio denunciado.

**CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- El segundo motivo de este recurso se encabeza con este epígrafe:

"Por el cauce del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración de la norma procesal prevista en el artículo 218 LEC que exige congruencia de la Sentencia".

2.- Esta infracción se habría cometido por dos razones. La primera coincide con la que sirve de fundamento al anterior motivo. La segunda, porque la sentencia de la Audiencia Provincial sería incongruente con el recurso de apelación.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- La primera razón en que se basa este motivo ha quedado ya desvirtuada al resolver el anterior, sin perjuicio de que la posible contradicción entre los distintos razonamientos de una resolución (pues un auto de aclaración o de complemento queda integrado en la sentencia a que va referido) no constituye el vicio procesal de incongruencia, aunque en el lenguaje coloquial pueda considerarse que existe esa "incongruencia" entre los distintos razonamientos.

2.- En cuanto a la segunda razón, para denunciar la existencia de incongruencia no puede extraerse una simple expresión de un escrito de alegaciones para compararla con las expresiones utilizadas en la sentencia.

3.- La congruencia se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que la sentencia no puede otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido. La congruencia supone la correlación o armonía entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y la parte dispositiva de la sentencia, pero no exige que cada expresión de la sentencia haya de ajustarse a las expresiones utilizadas en las alegaciones del recurrente ni que el tribunal no pueda realizar un juicio crítico de tales alegaciones.

4.- Por otra parte, los recurrentes tergiversan las expresiones utilizadas por los apelantes y pretenden darle una virtualidad de la que carecen. Los bancos apelantes no han afirmado en ningún momento que la entidad bancaria estuviera obligada a devolver a los demandantes las cantidades invertidas, pues justamente su defensa radica en que los demandantes conocían que corrían el riesgo de pérdida de su inversión. Bajo la cobertura del principio de congruencia no puede introducirse una discusión sobre las consecuencias de que un producto se denomine por los apelantes como depósito estructurado.

SEXTO.- *Formulación del tercer motivo*

1.- El encabezamiento del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal tiene este contenido:

"Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mis mandantes (artículo 24.1 de la Constitución Española) producida por el error patente y manifiesta irrazonabilidad en los que incurre la motivación de la Sentencia en la valoración de la prueba obrante en Autos sobre la información ofrecida a los demandantes al contratar los productos".

2.- La infracción se habría cometido porque la Audiencia Provincial consideró el momento relevante para la apreciación del cumplimiento de la obligación de informar y verificar si los clientes tomaron la decisión con conocimiento de causa, no el momento de la firma del **contrato** sino el de la firma de la orden de compra.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- La valoración de la prueba es la actividad intelectual que lleva al tribunal a fijar unos determinados hechos que son relevantes para la decisión del litigio y que resultan controvertidos, o a afirmar que determinados hechos alegados como relevantes no han resultado adecuadamente probados.

2.- Lo que plantean los recurrentes en este motivo no tiene nada que ver con la determinación de concretos hechos como ciertos o, por el contrario, como no suficientemente probados. No se indica qué extremos fácticos de los documentos que se citan en el motivo han sido arbitrariamente valorados por la sentencia para fijar los hechos relevantes, puesto que las alegaciones de los recurrentes se refieren a razonamientos de la sentencia que contienen la valoración jurídica sustantiva que ha de hacerse de los mismos. Por tal razón, lo alegado por los recurrentes no afecta a la valoración de la prueba ni a la racionalidad de los argumentos empleados para realizar tal valoración.

OCTAVO.- *Formulación del cuarto motivo*

1.- Este motivo se encabeza así:



"Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mis mandantes (artículo 24.1 de la Constitución Española) producida por el error patente y manifiesta irrazonabilidad en los que incurre la motivación de la Sentencia, en la valoración de la prueba pericial obrante en Autos con infracción del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los artículos 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

2.- El motivo se basa en que la Audiencia Provincial "desprecia" la única prueba practicada sobre las comisiones implícitas, no tiene en cuenta que los bancos demandados no han propuesto prueba alguna sobre esta cuestión, ni que existe un enlace preciso y directo entre el hecho probado y el deducido con base en la presunción, ni tampoco el principio de facilidad probatoria del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su último apartado.

NOVENO.- Decisión del tribunal: desestimación del motivo

1.- Los recurrentes mezclan en un único motivo supuestas infracciones de naturaleza muy diferente, pues una afectaría a la valoración de la prueba pericial, otra a la racionalidad de las presunciones y otra a la carga de la prueba. Es reiterada la doctrina de este tribunal que exige precisión en la identificación de las infracciones en los recursos extraordinarios y no admite que en un mismo motivo se mezclen impugnaciones relativas a infracciones de diferente naturaleza.

2.- Por otra parte, que solamente la demandante haya practicado prueba sobre un extremo no obliga al tribunal a considerar probados los hechos que la parte pretende probar mediante ese medio de prueba.

DÉCIMO.- Formulación del quinto motivo

1.- El quinto y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza del siguiente modo:

"Por el cauce del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso al haber vulnerado el artículo 412 LEC".

2.- La infracción se habría cometido porque la Audiencia Provincial desestimó la pretensión relativa a las comisiones implícitas sin tener en cuenta que, en su contestación a la demanda, las demandadas no hicieron ninguna alegación sobre ese extremo y solo las hicieron en el recurso de apelación.

UNDÉCIMO.- Decisión del tribunal: desestimación del motivo

1.- El primer apartado del art. 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente".

2.- Los demandantes solicitaron, como último pronunciamiento subsidiario, que se condenara a Popular Banca Privada S.A. a devolver 500.124,07 euros de comisiones ilícitas no informadas cobradas a los demandantes en la contratación de los productos estructurados, y propusieron prueba sobre tal extremo. Los bancos demandados se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, incluida la devolución de comisiones.

3.- Que la sentencia de la Audiencia Provincial, al tener que resolver esta pretensión subsidiaria por haber revocado el pronunciamiento de primera instancia que estimó una pretensión principal, desestime esta pretensión, no vulnera el art. 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Simplemente enjuicia críticamente las alegaciones y la prueba practicada para fundamentarla, y considera que la pretensión es infundada.

Recurso de casación

DUODÉCIMO.- Formulación del primer motivo

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza con este epígrafe:

"Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción del artículo 6.3 del Código civil en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 834/2009, de 22 de diciembre de 2009, STS 595/2011, de 20 de julio de 2011 y STS 716/2014, de 15 de diciembre de 2014)".

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan, sucintamente, que la infracción denunciada se ha producido porque la Audiencia Provincial condiciona la nulidad radical del negocio jurídico a que la normativa específica atribuya expresamente este efecto al incumplimiento de la norma.

DECIMOTERCERO.- Decisión del tribunal: la infracción de las normas de conducta del mercado de valores no determina la nulidad radical del **contrato con base en el art. 6.3 del Código Civil**

1.- La jurisprudencia de este tribunal afirma que la infracción de las normas que establecen los deberes de información de las entidades bancarias no determina la nulidad radical de los **contratos** que estas celebren



con sus clientes. No es aplicable a estos casos la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 6.3 del Código Civil. Las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, y 323/2015, de 30 de junio, han declarado, con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, que las normas reguladoras del mercado de valores no prevén la nulidad de los **contratos** de inversión en cuya concertación la empresa de inversión haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas.

2.- En la primera de esas sentencias, afirmamos:

"Como recordamos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren **contratos** que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]".

" De este modo, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del **contrato** para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del **contrato** de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC. [...]

" La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79 bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del **contrato** de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

" Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del **contrato**, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

" Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del **contrato**, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)".

3.- Esta doctrina es igualmente aplicable a la normativa anterior a la trasposición de la Directiva MiFID y también a la infracción de las normas que obligan a la empresa de inversión que presta asesoramiento a informarse sobre el perfil del cliente y sus necesidades de inversión, además de a informarle de la naturaleza y riesgos del producto que le oferta, pues todas ellas forman parte de las normas de conducta de las empresas que operan en el mercado de valores.

4.- El art. 95 de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente cuando se concertaron los **contratos**, preveía la sanción administrativa para quienes infringieran las normas de ordenación o disciplina del mercado de valores, entre las que estaban las normas de conducta de las empresas que operan en este mercado.

5.- Por tanto, la conclusión de que no es aplicable la sanción de nulidad absoluta prevista en el art. 6.3 del Código Civil al **contrato** en cuya concertación la empresa de inversión infrinja las normas de conducta que establece la normativa de mercado de valores, puede aplicarse también al incumplimiento de obligaciones impuestas por esta normativa distintas de la mera obligación de información al cliente.

6.- La afirmación que el apartado 3 del motivo atribuye a la Audiencia Provincial es, en realidad, parte del resumen que la Audiencia Provincial hace de los razonamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que, no olvidemos, fue revocada por la Audiencia Provincial.

7.- Por otra parte, el razonamiento de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia sobre las razones por las que los productos de inversión contratados no eran adecuados para los demandantes no se considera



acertado, puesto que su argumento fundamental consiste en equiparar la existencia de pérdidas para el inversor con la inadecuación del producto.

DECIMOCUARTO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- Este motivo del recurso de casación se encabeza con este epígrafe:

"Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil sobre la existencia de error vicio de consentimiento, en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015)".

2.- En el desarrollo del motivo se alega que, incluso si se admitiera que los demandantes conocían que contrataban un producto aleatorio, incurrieron en el error de creer que era un producto adecuado a su perfil inversor, por lo que su consentimiento estuvo viciado.

DECIMOQUINTO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- Dado que la sentencia de primera instancia, al considerar que las demandadas infringieron determinadas normas del mercado de valores, declaró la nulidad radical de los **contratos** de inversión y de los **préstamos** vinculados a ellos, que no se declarara la nulidad de tales **contratos** por error vicio no causó gravamen a los demandantes, por lo que estos no podían impugnar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, procede entrar a analizar este motivo.

2.- El motivo debe ser desestimado por varias razones. La primera es que el presupuesto del que parte la formulación del motivo (que el banco recomendó a los demandantes unos productos de inversión que no eran adecuados a su perfil) no resulta de lo afirmado por la Audiencia Provincial. Los demandantes aluden, como hacían al formular el anterior motivo, a un párrafo en el que la Audiencia Provincial resume los razonamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pero que no constituye propiamente parte de los razonamientos que la Audiencia Provincial formula para resolver el recurso de apelación.

3.- La razón por la que el juzgado consideró que los productos no eran adecuados a los demandantes no se considera correcta puesto que se afirma que los productos contratados "resultaron ser inadecuados para ese perfil y objetivos de inversión, en la medida en que, según se desprende del dictamen aportado a los autos, [los demandantes] han perdido una parte significativa de sus respectivas inversiones". La ecuación "inversión con pérdidas = inversión inadecuada" no es correcta, porque supone transformar la obligación de asesoramiento, que es una obligación de medios, en una obligación de resultado, que asegure la obtención de los rendimientos esperados por el cliente, lo que no responde a la naturaleza jurídica del **contrato** de inversión, incluso cuando conlleva la prestación de asesoramiento.

4.- En todo caso, una vez sentado que los demandantes tenían conocimiento de la naturaleza y los riesgos de los productos que contrataron, como han declarado tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, la solución adoptada en ambas instancias de rechazar la acción de anulación por error vicio, es correcta. Como afirmamos en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, "en caso de incumplimiento de este deber [el deber de evaluar, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido por el cliente, qué era lo que más le convenía], lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo".

5.- En el presente caso, no puede olvidarse un dato muy relevante, como es la cuantía de las inversiones hechas por los demandantes y que los **contratos** de inversión concertados en 2007 se hicieron con "apalancamiento". Los **contratos** suscritos en el año 2006 lo fueron por unos importes de 1.800.000 €, 1.700.000 €, 1.200.000 € y 1.000.000 €, y un cupón fijo del 9%, siendo la duración del **contrato** de un año. En los **contratos** suscritos en 2007 el importe de la inversión era de 2.000.000 €, 1.200.000 €, y 1.000.000 €, con un cupón fijo del 5%, y se trató de inversiones "apalancadas" por cuanto que los inversores obtuvieron financiación externa para realizar la inversión.

Partiendo, como hacen tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la sentencia de la Audiencia Provincial, de que, cuando contrataron, los demandantes eran conscientes de que se trataba de **contratos** de naturaleza aleatoria en los que existía el riesgo de pérdidas importantes, cuando decidieron arriesgar cantidades tan importantes pese a la existencia de esos riesgos, que se acrecentaban en el caso de las inversiones "apalancadas", quedaban sujetos al resultado de la inversión. El hecho de que una inversión sea desfavorable no convierte el producto financiero en inadecuado para tan importantes inversionistas, ni



determina la existencia de un error invalidante del consentimiento donde hubo consciencia de qué se estaba contratando y qué riesgos se estaban asumiendo.

6.- Por último, tampoco puede admitirse la alegación relativa a que la acción de anulación por error vicio de los **contratos** suscritos en el año 2006 no habría caducado. Sin entrar siquiera a analizar si esta cuestión tiene amparo en la infracción legal denunciada en el encabezamiento del motivo, la pretensión de que el día inicial de ese plazo ha de posponerse hasta la elaboración del dictamen pericial encargado por los demandantes es inatendible. Incluso en el caso de que los demandantes no hubieran conocido la naturaleza y riesgos de los productos contratados, tesis que rechazan tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial, habrían tenido suficiente conocimiento de los elementos constitutivos de la acción ejercitada cuando esos **contratos** se liquidaron y tuvieron conocimiento de que no recuperarían la totalidad del capital invertido, por más que esa pérdida quedara compensada con el cupón devengado, por lo que desde ese mismo momento el **contrato** resultó consumado y los demandantes podían haber ejercitado la acción.

DECIMOSEXTO.- *Formulación del tercer motivo*

1.- El tercer motivo del recurso de casación tiene este encabezamiento:

"Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción del artículo 79.1 LMV y de los artículos 4.1 y 5.1 del Código General de conducta de los mercados de valores anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS del Pleno 244/2013 de 18 de abril y STS 7564/2014 de 30 de diciembre) en cuanto a la obligación de abstención de ofrecer productos no adecuados a los clientes".

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la normativa anterior a la trasposición de la Directiva MiFID ya exigía que los prestadores de servicios de inversión conocieran a sus clientes para ofrecerles solo productos adecuados.

DECIMOSÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- Si bien es cierto que la formulación de este motivo se ponía en relación con una pretensión de indemnización por incumplimiento contractual y no, como sucedía en el anterior motivo, con una pretensión de anulación por error vicio, y de ahí que se haya accedido a la anulación de la sentencia que agrupó en una la solución dada a ambos motivos, no es menos cierto que ambos tienen una base común, consistente en el incumplimiento por el banco codemandado del deber de ofrecer a los clientes un producto adecuado.

2.- La sentencia que los recurrentes citan en apoyo de su impugnación aborda un caso distinto, puesto que se trataba de un **contrato** de gestión discrecional de cartera de inversión en el que el cliente había optado por un perfil de riesgo muy bajo y el banco tuvo una iniciativa incompatible con este perfil seleccionado por el cliente.

3.- En el presente caso, como ya se ha puesto de relieve, se trataba de clientes que deseaban invertir sumas muy importantes de dinero; salvo uno de ellos, hicieron incluso una inversión "apalancada"; y la información facilitada permitió a los inversionistas conocer la naturaleza y los riesgos de la inversión. La Audiencia Provincial en momento alguno afirma que esos clientes optaran por un perfil de riesgo muy bajo (que, además no se compece mucho con una inversión "apalancada"). Y el hecho de que consintieran contratar esos productos, pese a tomar conocimiento de su naturaleza aleatoria, su complejidad y sus riesgos, pugna con ese pretendido carácter conservador.

4.- Por otra parte, ya se ha expuesto que el razonamiento del Juzgado de Primera Instancia que equipara la existencia de pérdidas en la inversión con el carácter inadecuado de la misma, no es aceptable.

DECIMOCTAVO.- *Formulación de los motivos cuarto y quinto*

1.- El epígrafe que encabeza el cuarto motivo del recurso de casación es el siguiente:

"Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción de los artículos 79.1e) LMV, la Norma 13ª de la Circular 1/1996, de 27 de marzo, de la CNMV, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del Mercado de Valores, y el artículo 79 bis.1 LMV en cuanto a la negligencia en el cumplimiento de obligaciones de seguimiento de la posición".

En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe las normas del mercado de valores que exigen mantener siempre adecuadamente informados a los clientes .

2.- El quinto motivo del recurso de casación se encabeza así:

"Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción de los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código Civil en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal



Supremo (STS del Pleno 244/2013 de 18 de abril, STS 754/2014 de 30 de diciembre y STS del Pleno 460/2014 de 10 de septiembre), en cuanto al deber del prestador de servicios de inversión de indemnizar cuando ha sido negligente en el cumplimiento de los deberes exigibles como profesional".

En el desarrollo del motivo se alega que el incumplimiento de la obligación de informar sobre la evolución del producto causó a los demandantes el daño consistente en privarles de la oportunidad de cubrir las pérdidas potenciales que estaban sufriendo con algún otro producto y, de esta forma, evitar el perjuicio posterior.

DECIMONOVENO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- Para que pueda estimarse una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual es preciso que exista un incumplimiento de una obligación derivada de un **contrato** (aunque esa obligación sea consecuencia de la regulación legal del **contrato**) y que ese incumplimiento haya causado un determinado daño que sea imputable jurídicamente al incumplimiento.

2.- En primer lugar, los recurrentes no alegan en qué preciso momento el banco codemandado debió dar una información a los demandantes que les llevara a adoptar una concreta conducta para paliar los posibles daños derivados de su inversión. A diferencia del supuesto que fue objeto de la sentencia 666/2016, de 14 de noviembre, en el que hubo unos determinados acontecimientos de especial gravedad en el desarrollo de la actividad de una sociedad y la empresa de inversión no solo no aconsejó a sus clientes, accionistas de esa sociedad, desinvertir sino que les informó incorrectamente sobre la fortaleza de la sociedad en cuestión, en el presente caso no se alega que existiera un determinado hecho de importancia del que debiera haberse informado a los demandantes.

El simple hecho de que las acciones que servían de subyacente a los productos de inversión cotizaran a la baja no es determinante de que su desconocimiento causara un daño a los demandantes. Que las acciones, hasta un determinado momento, hubieran cotizado a la baja no era obstáculo para que esa cotización se invirtiera y cotizaran al alza.

3.- En segundo lugar, se trataba de productos que no permitían la cancelación anticipada, por lo que incluso aunque los demandantes hubieran querido cancelarlos a la vista de la evolución del subyacente, no hubieran podido hacerlo.

4.- La alegación de que, de haber tenido la información, los demandantes habrían podido contratar algún otro producto para cubrir las pérdidas, es una afirmación retórica, vacía de contenido real, pues no se precisa qué producto era ese que permitiría cubrir las pérdidas y qué impedía contratarlo una vez producidas las pérdidas.

5.- Por otra parte, la cotización a la baja de las acciones que constituían el subyacente era un hecho cuyo conocimiento estaba al alcance de unos inversores del calibre de los demandantes puesto que eran acciones de sociedades importantes que cotizaban en bolsa. Además, en el caso de los **contratos** celebrados en el año 2007, si al llegar las fechas de amortización anticipada, esta no se produjo, era porque el valor de las acciones que constituían el subyacente no estaba por encima del valor inicial. Todo esto supone que unos inversores de las características de los demandantes podían tener conocimiento de la evolución de los subyacentes sin realizar especiales esfuerzos.

6.- No es correcto afirmar que la jurisprudencia declara que no es necesaria una relación de causalidad entre el incumplimiento atribuible a la empresa de inversión y el daño sufrido por el cliente porque el incumplimiento basta como título de imputación jurídica. El incumplimiento basta como tal título de imputación jurídica cuando hay una relación de causalidad fenomenológica. Así lo declaramos en la sentencia 583/2016, de 30 de septiembre, en la que afirmamos:

"En diversas sentencias (244/2013, de 18 de abril, 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio y 398/2015, de 10 de julio) hemos afirmado que el incumplimiento grave de los deberes de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero, en concreto los que el art. 79 bis 6 de la Ley del Mercado de Valores impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero, una vez determinada la relación de causalidad, puede constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por el cliente que consistan en la pérdida de valor de los productos de inversión adquiridos".

VIGÉSIMO.- *Formulación del sexto motivo*

1.- El epígrafe del último motivo del recurso de casación es el siguiente:

"Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en la infracción del artículo 79.1 LMV, de los artículos 1 y 2 del Código general de conducta de los mercados de valores anexo al Real Decreto 629/1993, y del artículo 1258 del Código civil, en relación con la Jurisprudencia de la Sala Primera del



Tribunal Supremo (STS del Pleno 240/2013 de 17 de abril) en cuanto a la negligencia en el cumplimiento de la obligación de diversificación de las inversiones".

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan que la normativa aplicable y la jurisprudencia avalan la responsabilidad del asesor que de forma negligente no recomienda una correcta diversificación de inversiones.

VIGESIMOPRIMERO.- *Decisión del tribunal: desestimación el motivo*

1.- En primer lugar, no puede reclamarse una indemnización de daños y perjuicios por la inversión hecha en los **contratos** celebrados en el año 2006. Si bien es cierto que los demandantes no obtuvieron, a la finalización del **contrato**, la restitución total del capital invertido, pues recibieron acciones por un valor ligeramente inferior a dicho capital, el cupón del 9% que cobraron compensó dicha pérdida de capital, de modo que la suma del valor de las acciones recibidas más el cupón superó el importe de la inversión inicial.

La sentencia 81/2018, de 14 de febrero, recoge la doctrina de este tribunal que acoge el principio *compensatio lucri cum damno*, al afirmar:

"En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste.

" Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el art. 1106 CC que "la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor.

" Es decir, cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro".

Que las acciones recibidas a la finalización del primer **contrato** fueran pignoradas por los demandantes que habían realizado una inversión "apalancada", pues el **préstamo** que obtuvieron para realizar esa segunda inversión tenía la garantía pignoratícia constituida sobre tales acciones, no es un "daño" atribuible al resultado de la inversión realizada mediante los **contratos** celebrados en 2006.

2.- En segundo lugar, no puede equipararse el supuesto objeto del recurso al de un **contrato** de gestión discrecional e individualizada de cartera en el que el cliente ha declarado tener un perfil muy conservador, como era el caso de la sentencia que se cita en apoyo de su tesis.

3.- Respecto de los **contratos** celebrados en el año 2007, debe rechazarse la existencia de un incumplimiento por parte del banco codemandado que haya generado un daño a los demandantes que deba ser indemnizado. Cuando unos inversores solicitan un **préstamo** para realizar una inversión determinada, cuya naturaleza y riesgos conocieron, no resulta reprochable que la empresa del mercado de valores no les haya recomendado una diversificación en las inversiones, puesto que resulta evidente que los inversores estaban interesados en realizar una inversión que consideraban especialmente interesante, que les compensaba el riesgo añadido que supone pedir financiación ajena para de esta forma realizar una inversión "apalancada".

VIGESIMOSEGUNDO.- *Costas y depósitos*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, 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 de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Valentín , D.ª Bárbara , Buenaventura Corporativa S.L., D. Jose Miguel , D. Jose Pablo y D.ª Brigida contra la sentencia 243/2015, de 16 de junio, dictada por la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 41/2015.

2.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ