



Roj: **STS 5411/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5411**

Id Cendoj: **28079110012014100685**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2014**

Nº de Recurso: **48/2013**

Nº de Resolución: **716/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16329/2012,**
STS 5411/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por Beatriz , representada por la procuradora Angela Rodríguez Martínez-Conde.

Es parte recurrida la entidad Banco Espirito Santo S.A., representada por la procuradora María Luisa Montero Correal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Angela Rodríguez Martínez-Conde, en nombre y representación de Beatriz , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid, contra la entidad Banco Espirito Santo S.A, para que se dictase sentencia:

"por la que: - Declare que el BES ha inducido a error mediante maquinaciones fraudulentas constitutivas de dolo civil omisivo a Dª. Beatriz para que firmase el contrato de 19 de febrero de 2008 con condiciones distintas a las originalmente ofrecidas.

- Declare que el BES ha incumplido las condiciones contractuales impuestas exigibles conforme al Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero; la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativas a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, conocida como Directiva "MiFID" ("Markets in Financial Instruments Directive"); el artículo 6, apartado 3, del Código Civil ; los artículos 78 , 78 bis , 78 ter , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

- Declare que el BES ha utilizado publicidad engañosa para concertar el contrato de 19 de febrero de 2008 con Dª Beatriz .

-Declare la nulidad del contrato de 19 de febrero de 2008 redactado por el BES para Dª. Beatriz .

- Condene al BES a devolver a Dª. Beatriz 3 millones de euros con intereses legales desde la fecha de la firma del contrato de 19 de febrero de 2008.



- Subsidiariamente y con expresa reserva del derecho a recurrir la eventual desestimación de las peticiones anteriores, declare que la alteración sustancial de la actividad negocial y patrimonial sufrida por la compañía Fortis, determinan que el contrato haya de ser integrado para excluir a dicha compañía y su sucesora la compañía AGEAS como uno de los valores subyacentes en el contrato firmado con la actora, por lo que todo el dinero invertido (3.000.000 euros) deberá ser referenciado al tiempo de su liquidación únicamente a la cotización bursátil de las acciones del Banco Bilbao-Vizcaya S.A., condenando al "Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España" a estar y pasar por esa declaración y a liquidar la inversión en consecuencia.

- Y de nuevo subsidiariamente y con expresa reserva del derecho a recurrir la eventual desestimación de las peticiones anteriores, declare que la valoración de la inversión de 3.000.000 de euros hecha por D^a. Beatriz , invirtiéndose el 50% en BBVA y el 50% en Fortis, debe hacerse de tal modo que la liquidación se corresponda en un 50% con el valor de BBVA y en un 50% con el valor de Ageas, condenando al Banco Espirito Santo, S.A., Sucursal en España a liquidar la inversión sin aplicar íntegramente toda la pérdida en Fortis a toda la cantidad invertida, sino sólo a los 1.500.000 euros que se corresponden con la inversión en Fortis.

- Y todo ello con expresa condena en costas al Banco demandado."

2. La procuradora María Luisa Montero Correal, en representación de la entidad Banco Espirito Santo, S.A., Sucursal en España, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente la demanda y condene en costas a la parte actora."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 49 de Madrid dictó Sentencia con fecha 24 de enero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por Dña. Angela María Rodríguez Martínez Conde en nombre y representación de Dña. Beatriz contra Banco Espirito Santo S.A. Sucursal en España y, en su virtud debo declarar y declaro no proceder la pretensión de la parte actora, con imposición de costas del presente procedimiento a la demandante."

4. Instada la aclaración de la anterior resolución, se dictó Auto de fecha 28 de febrero de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

"Se aclara conforme a lo solicitado en el escrito de fecha 13 de febrero de 2012 presentado por la Procuradora Dña Angela Rodríguez Martínez-Conde en nombre y representación de Dña. Beatriz , manteniendo la sentencia de 24 de enero de 2012 por las razones expuestas en esta resolución."

Tramitación en segunda instancia

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Beatriz .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 10^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 26 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Angela Rodríguez Martínez-Conde, en representación de D^a. Beatriz , frente a la sentencia dictada el día veinticuatro de enero de dos mil doce , aclarada por auto de veintiocho de febrero del mismo año, por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n^o 49 de Madrid en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la indicada resolución, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia.

Se acuerda la pérdida por la parte recurrente vencida del depósito constituido para recurrir."

Interposición y tramitación del recurso de casación

6. La procuradora Angela Rodríguez Martínez-Conde, en nombre y representación de Beatriz , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10^a.

El motivo del recurso de casación fue:

"submotivo 1º) infracción del RD 217/2008, de 15 de febrero.

submotivo 2º) error en el ámbito de aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Infracción de los nuevos arts. 78 , 78 bis , 78 ter , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio .

submotivo 3º) infracción del art. 6.3 CC , pues la inaplicación del RD 217/2008, de 15 de febrero, determina la infracción del art. 6.3 CC , y de los arts. 78 , 78 bis , 78 ter , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio , así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.



submotivo 4º) infracción de la jurisprudencia sobre la nulidad de las cláusulas contractuales que violentan la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores."

7. Por diligencia de ordenación de 20 de diciembre de 2012, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, 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.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Beatriz , representada por la procuradora Angela Rodríguez Martínez-Conde; y como parte recurrida la entidad Banco Espirito Santo S.A., representada por la procuradora María Luisa Montero Correal.

9. Esta Sala dictó Auto con fecha 1 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Dª. Beatriz contra la sentencia dictada con fecha 26 de septiembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª), en el rollo de apelación nº 562/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 529/2011 del Juzgado de primera instancia nº 49 de Madrid."

10. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Espirito Santo, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 19 de febrero de 2008, Beatriz firmó un contrato con Banco Espirito Santo para la adquisición de un producto financiero estructurado sobre las acciones ordinarias de BBVA y Fortis a 7 años, denominado Obreron, por un importe de 3.000.000 euros.

La negociación previa a la contratación se realizó con Apolonia , que por entonces era la asesora jurídica y fiscal de Beatriz . Fue la Sra. Apolonia quien acudió al banco y mostró su interés por la oferta de productos estructurados que por entonces tenía el BES. El banco ofreció a Apolonia , asesora de la Sra. Beatriz , tres posibles productos, y la demandante optó por el reseñado producto financiero estructurado sobre las acciones ordinarias de BBVA y Fortis a 7 años.

Primero se contrató un depósito a la vista, el 6 de febrero de 2008, de las cantidades que más tarde se destinarían a la adquisición del producto estructurado. En la contratación de este producto estructurado, la Sra. Beatriz siguió estando asesorada por Apolonia , a quien los empleados del banco habían informado de las características del producto que se contrataba. Al respecto, conviene remarcar que el tribunal de instancia entiende acreditado que la información transmitida a Apolonia fue completa para que pudiese tomar la decisión sobre la inversión, consciente de los riesgos inherentes al producto que contrató.

Apolonia fue cesada en la representación y asesoramiento de la Sra. Beatriz el día 22 de febrero de 2008, y pasó a encargarse del asesoramiento y administración del patrimonio de la Sra. Beatriz su yerno Obdulio . En aquel momento el producto estaba sobre par, y permaneció así durante tres meses.

El 25 de febrero de 2008, el Banco Espirito Santo informó a Obdulio de las características del producto que había contratado la Sra. Beatriz , sin que el Sr. Obdulio planteara objeción alguna a esta inversión.

El 18 de marzo de 2008, Beatriz , bajo el asesoramiento de su yerno Obdulio , suscribió la declaración de conocimiento de riesgos de la adquisición que había hecho en el contrato de 19 de febrero de 2008.

En las condiciones particulares del contrato se prevé que el capital invertido o importe nominal sería objeto de reintegro, en su caso, en la forma indicada en el term sheet que se adjuntaba al contrato como anexo, y que estaba redactado en inglés.

2. Por lo que ahora interesa, la Sra. Beatriz , en su demanda, solicitó que fuera declarada la nulidad del contrato de 19 de febrero de 2008. La nulidad se funda, de una parte, en que BES le indujo a error mediante maquinaciones fraudulentas constitutivas de dolo civil omisivo para que firmara el contrato con condiciones distintas a las originalmente ofrecidas. Y también en la infracción de las condiciones contractuales impuestas



por el RD 217/2008, de 15 de febrero, la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados financieros (MiFID), el art. 6.3 CC , y los arts. 78, 78 bis, 78 ter, 79, 79 bis LMV.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, porque entendió que ni había existido error vicio en la Sra. Beatriz al concertar el contrato de 19 de febrero de 2008, ni dolo o engaño por parte del BES, porque lo había firmado con la asistencia de su asesora jurídica y financiera, y también con la colaboración de su yerno, y con conocimiento del producto financiero. Y respecto de la normativa nacional que trasponía la Directiva MiFID, argumenta que no se vulneró porque al tiempo de concertarse el contrato no había entrado todavía en vigor.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante. La audiencia desestima el recurso y confirma con ello la desestimación de la demanda. En primer lugar, la audiencia entiende que, con arreglo a la prueba practicada, debía concluirse que cuando la demandante firmó el contrato no sufría limitación alguna de sus facultades cognitivas. Después, razona que «tanto la negociación previa a la contratación del producto financiero como esta misma se llevaron a cabo directamente entre D^a Apolonia , asesora jurídica y fiscal de D^a Beatriz , y empleados de la entidad demandada, quienes informaron a D^a Apolonia cumplidamente de las características del producto contratado, al igual que fue informado su yerno D. Obdulio el 25 de febrero de 2008, días inmediatamente posteriores a la suscripción del contrato». Además, el 18 de marzo de 2008, la demandante suscribió la declaración de conocimiento de riesgos, sin que se hubiera realizado objeción alguna.

4. El tribunal de apelación valora la totalidad de las pruebas y rechaza que sobre la Sra. Beatriz hubiera sido provocado dolosamente el error de que el capital invertido estaba garantizado. Y resalta que a pesar de que la ficha de presentación existe una calificación errónea de las propuestas al adjetivarlas con letras mayúsculas como propuestas garantizadas, su contenido muestra claramente los contornos de funcionamiento y las características del producto, y al final de las condiciones generales se resalta que el titular manifiesta haber recibido las oportunas advertencias sobre los riesgos de este producto y, en concreto, sobre la posibilidad de que su rentabilidad fuera negativa. Y concluye que a los asesores de la demandante se les ofreció información idónea sobre las características del producto estructurado, conforme al RD 629/1993, de 3 de mayo; el producto financiero no ofrecía demasiada complejidad, ni tampoco requería para su comprensión amplios conocimientos financieros; de forma que puede afirmarse que la demandante conocía el producto que adquiría.

En relación con la normativa MiFID, que fue introducida en la Ley del Mercado de Valores por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, la sentencia recuerda que la disposición transitoria primera de esta ley permitió a las entidades prestadoras de servicios de inversión adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en dicho cuerpo legal en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, y el contrato se concertó durante este periodo transitorio. Y por lo que respecta al RD 217/2008, de 15 de febrero, aunque entraba en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 16 de febrero, lo hacía sin perjuicio de la reseñada disposición transitoria.

Esta sentencia de la audiencia fue recurrida en casación por la demandante.

Recurso de casación

5. *Formulación del motivo* . Se formula un motivo único, que incluye cuatro submotivos. El submotivo primero denuncia la infracción del RD 217/2008, de 15 de febrero, que estaba en vigor y no se aplicó. La sentencia estimó erróneamente que esta norma reglamentaria no era aplicable a la vista de la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre . En el desarrollo de este primer submotivo se argumenta que este Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, era imperativo y debía aplicarse desde el día siguiente a su publicación, sin que existiera ningún periodo transitorio para su aplicación a los clientes

El segundo submotivo denuncia «error en el ámbito de aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Infracción de los nuevos arts. 78 , 78 bis , 78 ter , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio ». En el desarrollo del motivo se argumenta que conforme a esta normativa, no afectada por la transitoria primera, la demandante no era inversor profesional, sino minorista, y así fue más tarde clasificada por el propio banco. En este marco, el banco no informó a la demandante de forma comprensible sobre las características del producto y los riesgos concretos en que podía incurrir, y, prestando un servicio de asesoramiento, no realizó el test de idoneidad.

En el submotivo tercero se denuncia la infracción del art. 6.3 CC , pues la inaplicación del RD 217/2008, de 15 de febrero, determina la infracción del art. 6.3 CC , y de los arts. 78 , 78 bis , 78 ter , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio , así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El submotivo cuarto se basa en la infracción de la jurisprudencia sobre la nulidad de las cláusulas contractuales que violentan la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y cita la Sentencia 834/2009, de 22 de diciembre .



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

6. Marco de la controversia en casación . Conviene recordar que nos situamos en el marco de lo acreditado en la instancia, sin que sea posible alterar los hechos probados sobre los que se apoya el enjuiciamiento de la audiencia, y de aquello respecto de lo que, a tenor del motivo de casación, persiste la controversia.

En concreto, el tribunal de instancia entiende acreditado que la Sra. Beatriz fue suficientemente informada sobre las características del producto financiero contratado, con la asistencia de su asesora fiscal y jurídica, y rechaza que haya existido error vicio. Este pronunciamiento no ha sido contradicho con el recurso de casación.

El recurso, tal como está planteado, suscita una serie de cuestiones, que serán abordadas sucesivamente: en primer lugar, la norma aplicable, esto es, si puede aplicarse la normativa española por la que se traspuso la Directiva MiFID; en segundo lugar, el alcance de los deberes que con ella se imponen a las entidades que prestan servicios de inversión. Y, en tercer lugar, si su infracción motiva per se la nulidad del contrato.

7. Normativa aplicable . El contrato por el que la Sra. Beatriz adquirió el producto financiero estructurado en cuestión data del 19 de febrero de 2008.

Para entonces, " *las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes* " del art. 19 Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (*Markets in Financial Instruments Directive*), denominada MiFID, ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). Y también había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , prevé que «(l) *as entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley* ». Y, en conexión con lo anterior, la disposición adicional cuarta del RD 217/2008, de 15 de febrero , *sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión* , relativa a su entrada en vigor, dispone: «(e) *l presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado', sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores* ».

Es obvio que la reforma operada por la Ley 47/2007 exigía una adaptación de la normativa interna de las entidades que prestan servicios de inversión, así como de sus programas de actividades, para lo cual se concedía el plazo de seis meses, con los efectos administrativos correspondientes. Esto afectaba esencialmente al cumplimiento de los nuevos requisitos de organización interna de las entidades, y a las obligaciones establecidas en los arts. 79 bis (información), 79 ter (Registro de contratos), 79 sexies (gestión y ejecución de órdenes) y 59 bis (comunicación de operaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores), sólo en la medida en que requirieran una modificación de los programas de actuación.

De modo que el periodo transitorio no podía afectar a las garantías de información que se reconocen al inversor si no tiene la consideración de inversor profesional, como es el caso, pues más tarde la Sra. Beatriz fue calificada por la propia entidad demandada como minorista.

Como recordamos en la Sentencia, 840/2013, de 20 de enero de 2014 , los específicos deberes de información que se imponen a las entidades que prestan servicios de inversión en esta normativa MiFID (se aplica por extensión esta denominación a la regulación nacional que traspone la Directiva comunitaria), «responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law -PECL-* cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " *Good faith and Fair dealing* " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing* " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar».

De este modo, al margen de los soportes documentales por medio de los cuales se dejara constancia de ello, eran exigibles los deberes de información básicamente regulados en el apartado 3 del art. 79bis LMV, para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales a la prestación de estos servicios de inversión.



8. Alcance del deber de información . Los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión, regulados en el art. 79 bis LMV, no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, " *de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión* ", que " *deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias* " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " *proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional* ". Y aclara que esta descripción debe " *incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas* ".

En su apartado 2, concreta que " *en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:*

a) *Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.*

b) *La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.*

c) *La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.*

d) *Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento* ".

Este deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo conozca no sólo sus características, sino también los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Recordemos que en el presente caso, el tribunal de instancia ha considerado acreditado que esta información fue suministrada y ha rechazado el error vicio.

9. Los test de adecuación e idoneidad . Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

i) En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado *test de conveniencia* , regulado en el art. 79bis. 7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero .

ii) En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado *test de idoneidad* , regulado en el art. 79bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero .

10. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), «(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .



El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como « *la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros* ». Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que « *se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)*», que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

En el presente caso, a la vista de lo declarado probado, no cabe advertir una labor de asesoramiento por parte de la entidad BES que, ante la previa solicitud de la demandante, por medio de su propia asesora, le ofreció tres productos, entre los cuales la asesora de la Sra. Beatriz escogió el que finalmente fue contratado.

Consiguientemente, el deber que pesaba sobre la entidad financiera era cerciorarse de que esta cliente minorista, directamente o a través de su propia asesora financiera, conocía bien en qué consistía lo que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto (test de conveniencia), sin que estuviera obligada, además, a valorar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, fuera lo que más le convenía.

11. Consecuencias del incumplimiento del deber de recabar el test de adecuación . En la reseñada Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , precisamos las consecuencias que el incumplimiento de este deber tenían respecto de la apreciación del error vicio, «(e)n caso de incumplimiento de este deber, 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 (producto), como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

No es este el efecto que ahora interesa, pues la apreciación del error vicio ha quedado fuera de debate, sino en qué medida el incumplimiento del deber de recabar el test determina por sí la nulidad del contrato, que es lo que plantea la demandante en su recurso de casación.

12. En su apartado 57, 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 las 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 adecuación, al amparo del art. 6.3 CC .

13. Conforme al art. 6.3 CC , «(l) os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención ». La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis 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.zbis 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).

Costas

14. Aunque ha resultado desestimado el recurso de casación, no imponemos a la recurrente las costas de su recurso, en atención a las dudas que existían sobre los efectos derivados de la infracción de los deberes legales de información del art. 79 bis LMV (art. 398 y 394 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Beatriz contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª) de 26 de septiembre de 2012, que resolvió el recurso de apelación (rollo núm. 562/2012) interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia num. 49 de Madrid de 24 de enero de 2012 (juicio ordinario 529/2011), sin hacer expresa condena en costas.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.