

Roj: **STS 957/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:957**Id Cendoj: **28079110012016100121**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/03/2016**Nº de Recurso: **2669/2013**Nº de Resolución: **116/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 2511/2013,**  
**STS 957/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Inocencio y D. Remigio , representados ante esta Sala por el procurador D. Nicolás Álvarez Real y asistidos por el letrado D. Marcelino Tamargo Menéndez, contra la sentencia núm. 261/2013 dictada el 7 de octubre, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 283/2013 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 880/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo, sobre nulidad por vicios del consentimiento y, subsidiariamente, responsabilidad por incumplimiento contractual. Ha sido parte recurrida Banco de Sabadell, S.A., representada ante esta Sala por la procuradora D.ª Blanca Grande Pesquero y asistida por el letrado D. Lino Álvarez Echeverría.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** La procuradora D.ª Patricia Gota Brey, en nombre y representación de D. Remigio y D. Inocencio , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Sabadell Urquijo Banca Privada, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia en la que se condenara a la demandada en los siguientes términos:

«1) Se declare la nulidad de las órdenes de compra (Documento nº 3) y (Documento nº 4), establecido entre Banco Sabadell Urquijo Banca Privada, S.A. D. Remigio y D. Inocencio por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido material del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil , de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

» 2) Subsidiariamente que se declare la existencia de responsabilidad por parte de la entidad financiera Banco Sabadell Urquijo Banca Privada S.A. por el incumplimiento de sus obligaciones con D. Remigio y D. Inocencio y condene al demandado a reintegrar al actor las cantidades perdidas por la deficiente comercialización y gestión del producto objeto de nulidad en este proceso (documento nº 3 y nº 4), más los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de su cargo en cuenta, aminorando en su caso el importe de la rentabilidad



que se hubiera satisfecho a mi patrocinado por la operación comercializada por la entidad objeto de la presente litis».

2.- La demanda fue presentada el 7 de noviembre de 2012, fue repartida al Juzgado de primera instancia núm. 4 de Oviedo y fue registrada con el núm. 880/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> María García-Bernardo Albornoz, en representación de Banco de Sabadell, S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte en su día sentencia que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de todas las pretensiones contra ellas dirigidas, con expresa imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de primera instancia núm. 4 de Oviedo, dictó sentencia núm. 93/2013 de fecha 26 de abril , con la siguiente parte dispositiva:

«Desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Gota Brey, en nombre y representación de don Remigio y don Inocencio , frente a Banco Sabadell Urquijo Banca Privada, S.A. y absuelvo a la demandada de los pedimentos contra ella dirigidos en el escrito de demanda.

» Sin imposición de costas».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Remigio y D. Inocencio . La representación de Banco de Sabadell, S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 283/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 261/2013 en fecha 7 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Don Inocencio y Don Remigio contra la sentencia dictada en autos de juicio civil ordinario que con el número 880/12 se siguieron ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 4 de Oviedo. Sentencia que se confirma sin imposición de costas».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Patricia Gota Brey, en representación de D. Inocencio y D. Remigio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en cuanto que la Audiencia Provincial de Oviedo ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española al infringir los principios de oralidad, inmediatez y contradicción.»

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 316 , 326 , 348 y 376 de la LEC y jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica.»

«Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 217 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo.»

«Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 218.1 de la LEC por falta de congruencia y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

« Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC . El objeto del presente recurso de casación en relación a la existencia de un error en el consentimiento: valoración jurídica de los hechos probados .»

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC . Existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre las cuestiones resueltas por la sentencia recurrida.»

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC . Valoración jurídica de los hechos probados desde el punto de vista económico-financiero. Incorrecta valoración del procedimiento desde este punto de vista e incoherencia en aplicación de la doctrina de los vicios del consentimiento a una materia estrictamente económica.»



«Cuarto.- Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC por infracción de los artículos 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y artículo 5.3 del Anexo al RD 629/1993 de tres de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, ya que la sentencia recurrida considera que se han cumplido los deberes de información contenidos en tales preceptos. Todo ello en relación con los artículos 1265 y 1266 CC.»

«Quinto.- Por error en la interpretación e indebida aplicación de los artículos 1261 al 1266 del Código Civil, sobre el error en el consentimiento.»

«Sexto.- Por error en la interpretación e indebida aplicación de los artículos 1274 a 1277 sobre la causa del contrato.»

**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 18 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el de casación interpuestos por la representación procesal de D. Inocencio y D. Remigio (sic) presentó el día 19 de noviembre de 2013 escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 7 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6ª), en el rollo de apelación nº 282/2013, dimanante del juicio ordinario número 880/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Oviedo.

» 2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala».

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**4.-** Por providencia de 22 de diciembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Antecedentes del caso.*

**1.-** D. Remigio y D. Inocencio interpusieron una demanda contra la entidad Banco Sabadell Urquijo Banca Privada, S.A. (en lo sucesivo, Banco Sabadell o el banco).

En ella solicitaban, como petición principal, que se declarara la nulidad por vicios de consentimiento, error y dolo omisivo, de las solicitudes de seguro "BBD Multiinversion", a través de las cuales los demandantes habían suscrito diversas ordenes de compra de bonos auto cancelables, emitidas por la aseguradora Bansabadell Vida S.A. de Seguros y Reaseguros, con la consiguiente obligación de reintegro.

Como petición subsidiaria, ejercitaban una acción de indemnización de daños y perjuicios (las pérdidas sufridas en las operaciones de inversión) basada en el incumplimiento contractual de Banco Sabadell en el asesoramiento prestado a los demandantes en la adquisición de tal producto, por no haber actuado con la diligencia y lealtad que le era exigible con base en la normativa del mercado de valores aplicable en la fecha de su suscripción (febrero y marzo de 2007), pues, alegan, el banco incumplió los deberes de información y transparencia que le imponen ofrecer a los clientes información en forma clara y precisa, adecuada para que estos puedan tomar la decisión sobre las inversiones con conocimiento de causa, así como recabar de los clientes la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia para evaluar si el producto de inversión era adecuado a su perfil.

**2.-** Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, desestimaron las pretensiones formuladas en la demanda. Dado que los argumentos expuestos en ambas sentencias son similares, procede exponerlos conjuntamente.

Respecto de la acción formulada con carácter principal, los tribunales de primera y segunda instancia estimaron la excepción de falta de legitimación pasiva, al tratarse de seguros de vida en los que los tomadores



eran los demandantes y la aseguradora no era Banco Sabadell sino otra empresa de su grupo, Bansabadell Vida, S.A.

Respecto de la acción formulada con carácter subsidiario, los tribunales de instancia consideraron que Banco Sabadell había cumplido con sus obligaciones de información y transparencia en la contratación de los productos de inversión, que era la exigida tanto por la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, al tratarse de un producto de inversión, como el art. 6 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, al haberse articulado la inversión mediante la suscripción de un contrato de seguro. Las sentencias afirmaban que hubo una reunión previa de dos empleados del banco con los demandantes y familiares de estos, que duró unas dos o tres horas, en la que los demandantes manifestaron sus preferencias inversoras, Banco Sabadell se informó sobre lo que convenía a los intereses de los demandantes y propuso a estos una estrategia de diversificación de las inversiones, de modo que se suscribió un seguro de vida "unit-link", con un pequeño capital asegurado para el caso de fallecimiento y en el que una parte sustancial del dinero de que disponían los demandantes se invirtió en productos de poca rentabilidad pero sin riesgo (un producto estructurado con el capital garantizado, en el que era posible obtener hasta un 12% de rentabilidad, y un depósito bancario) y otra parte se invirtió en un producto estructurado, un bono autocancelable, en el que era posible obtener una mayor rentabilidad (22%, 44% y hasta 66%) pero en el que también era posible perder parte del capital invertido.

Este segundo producto se contrató unas tres semanas después de que se contratara el primer producto, previa remisión por correo a los demandantes de los contratos, para que estos pudieran examinarlos y firmarlos. En estos documentos, así como en los folletos informativos del producto, se informaba, de forma resaltada y en varias partes del texto del documento, sobre la posibilidad de pérdida de la inversión, incluso en su totalidad, pues la posibilidad de ganancias y de pérdidas dependía de la evolución de las acciones utilizadas como subyacentes (ING y Nokia), sin que el capital estuviera garantizado, a diferencia de lo que sucedía en el producto contratado unas tres semanas antes. En la reunión previa mantenida por los demandantes y sus familiares con los dos empleados de Banco Sabadell, estos les explicaron que una parte de la inversión (la consistente en este segundo producto) no tenía el capital garantizado.

Por tanto, se trataba de dos opciones de inversión, en la que la primera tenía garantizado el capital invertido pero la posibilidad de ganancias era menor, y en la segunda se asumía el riesgo de pérdida del capital invertido si el comportamiento negativo de las acciones subyacentes bajaba de la barrera del 50%, a cambio de una expectativa de mayor rentabilidad (hasta un 66% en tres años).

Los tribunales de instancia consideraron también irrelevante la alegación de que Banco Sabadell no había informado a los demandantes de la evolución de los subyacentes durante el desarrollo de los contratos, puesto que estos no podían ser cancelados por los demandantes antes de la fecha prevista en los mismos, por lo que en ningún caso habrían podido rescatar la inversión.

Por último, afirmaban que el asesoramiento prestado por Banco Sabadell supone una obligación de medios o de actividad, y que no le compromete a un resultado concreto. En la fecha en que se realizó la inversión, Banco Sabadell no podía disponer de información sobre la evolución futura de las acciones subyacentes al producto derivado contratado. Además, consideraban significativo que la barrera establecida en los subyacentes para que se produjera la pérdida de capital fuera del 50% de la cotización en el momento de la suscripción del producto.

**3.-** Los demandantes, disconformes con la decisión adoptada en la sentencia de la Audiencia Provincial, han interpuesto contra la misma un recurso extraordinario por infracción procesal, que se articula en cuatro motivos, y un recurso de casación, que se articula formalmente en seis motivos, a lo largo de un escrito de ciento trece páginas.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

**1.-** El epígrafe que encabeza este motivo es:

«Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en cuanto que la Audiencia Provincial de Oviedo ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española al infringir los principios de oralidad, inmediatez y contradicción.»

**2.-** En el desarrollo del motivo, los demandantes realizan alegaciones que se refieren a cuestiones tanto procesales, relativas a varios aspectos del proceso, como sustantivas, relativas a la aplicación de la normativa que regula las materias objeto del litigio.



Mencionan los recurrentes que Banco Sabadell está legitimado pasivamente, lo que sería suficiente para entrar a conocer el fondo de las cuestiones debatidas, lo que, alega, efectivamente ha hecho la sentencia recurrida.

Asimismo valoran varias de las pruebas de interrogatorio de partes (los propios demandantes) y testigos (su padre), reproduciendo parcialmente tales interrogatorios, así como la consulta hecha a la página web del banco. Concluyen que la valoración de la prueba ha sido «injustificada e improcedente».

También realizan amplias alegaciones sobre las cuestiones sustantivas debatidas en el litigio (en ocasiones, entremezcladas con observaciones relativas al resultado de las pruebas practicadas), tales como el tipo de contrato utilizado para realizar la inversión y el análisis de la normativa bancaria y del mercado de valores aplicable.

De todo ello los recurrentes concluyen que la sentencia infringió la normativa aplicable para resolver el fondo del litigio, que no se ha cumplido la voluntad de la abuela de los demandantes, de la que procedía el dinero invertido, y que «la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias, en una clara y manifiesta vulneración de los principios de oralidad, intermediación y contradicción y, en consecuencia, del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva, realiza una valoración sin fundamento fáctico, ni jurídico sobre la prueba, ignorando los razonamientos aducidos, así como el material probatorio obrante en autos».

**TERCERO.-** *Decisión de la Sala. Inconsistencia y defectuosa formulación del motivo.*

1.- Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otros aspectos, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la infracción legal que se denuncia, que debe estar mencionada en el encabezamiento del motivo y desarrollada en los razonamientos expuestos a continuación, y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos heterogéneos, determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva necesaria para permitir la individualización del problema jurídico planteado.

Y, de modo evidente, en el recurso extraordinario por infracción procesal no pueden suscitarse cuestiones de naturaleza sustantiva.

2.- En el desarrollo de este motivo se mezclan cuestiones tan dispares como las relativas a la falta de legitimación pasiva del banco (que los propios recurrentes reconocen que no ha impedido que las sentencias de instancia hayan entrado a analizar el fondo de la cuestión debatida), la valoración de ciertas pruebas, la valoración de elementos que ni siquiera son pruebas practicadas y se traen *ex novo* al proceso (como el examen y transcripción parcial de la web del banco), y varias cuestiones sustantivas que han sido debatidas en el proceso.

3.- Las cuestiones suscitadas, además de su carácter heterogéneo y, en su mayor parte, impropio del recurso extraordinario por infracción procesal, ni siquiera tienen relación con las infracciones procesales que se denuncian en el encabezamiento del motivo.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

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

1.- El segundo motivo se encabeza así:

«Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 316, 326, 348 y 376 de la LEC y jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica».

2.- En el motivo se desarrollan los argumentos en los que los recurrentes basaron sus pretensiones, al hilo de los cuales se comentan algunas de las pruebas practicadas, transcribiéndolas parcialmente, se realizan alegaciones sobre la naturaleza y riesgos de los productos de inversión contratados, sobre los deberes que incumbían al banco y los incumplimientos en los que incurrió, sobre omisiones de la sentencia recurrida con relación a algunas cuestiones planteadas, concluyendo que «la sentencia recurrida es genérica y no concreta» y ello evidenciaría una arbitraria e irracional valoración de la prueba practicada.

**QUINTO.-** *Decisión de la Sala. El recurso extraordinario por infracción procesal no es una tercera instancia.*

1.- El recurso extraordinario por infracción procesal no es una tercera instancia. No puede formularse un escrito de alegaciones en las que el recurrente exponga de nuevo su tesis, comente el resultado de algunas pruebas, mezcle cuestiones procesales con cuestiones sustantivas, haga mención a cuestiones procesales que nada tienen que ver con la infracción denunciada en el encabezamiento del motivo y, para justificar el encabezamiento del motivo, acabe concluyendo que la valoración de la prueba ha sido arbitraria e irracional.



También debe reiterarse aquí la necesidad de precisión en la identificación del problema jurídico planteado en el motivo.

**2.-** En nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba.

Solo es posible el control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución.

Ahora bien, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

**3.-** En el presente caso, la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por los recurrentes), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional, no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba, además de haber sido detalladamente motivada en la sentencia recurrida, así como en la sentencia de primera instancia que expresamente es asumida.

Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por los recurrentes, incluso en el caso de que fueran razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial.

**SEXTO.-** *Formulación del tercer motivo.*

**1.-** El tercer motivo se encabeza así:

«Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 217 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo».

**2.-** Tras exponer la significación de la institución de la carga de la prueba y que, en supuestos como este, la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información debe recaer sobre la entidad financiera, los recurrentes afirman que la sentencia recurrida traslada a la parte demandante la obligación de probar un hecho negativo, como es que no se le facilitó información debida, cuando es la entidad bancaria la que tiene tal carga.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la Sala. Inexistencia de la infracción denunciada.*

**1.-** Solo se produce la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba cuando la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en los distintos apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia.

**2.-** No es ese el caso de la sentencia recurrida, en la que la decisión se adopta con base en que las pruebas practicadas han acreditado los hechos de los que tanto el Juzgado como la Audiencia concluyen que el banco cumplió adecuadamente sus deberes de información y asesoramiento.

Esto explica que los recurrentes hayan empleado el motivo segundo en criticar la valoración de la prueba que ha llevado a la Audiencia Provincial a esa conclusión. Es por tanto contradictorio que tras haber realizado esa crítica de la valoración probatoria, que han tachado de arbitraria e irracional, ahora aleguen que la decisión ha sido adoptada no con base en esa valoración probatoria, sino por la atribución errónea a los demandantes de las consecuencias negativas de la falta de prueba de los hechos relevantes, como son los relativos a la información y asesoramiento que el banco estaba obligado a prestar.

**OCTAVO.-** *Formulación del cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

**1.-** El cuarto y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así:

«Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 218.1 de la LEC por falta de congruencia y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo».



2.- Tras realizar diversas consideraciones generales sobre los deberes de congruencia, motivación, exhaustividad y claridad, y citar y transcribir parcialmente varias resoluciones, el recurso desciende al caso enjuiciado y afirma literalmente:

«Ha quedado analizado y ampliamente argumentado en nuestro segundo apartado, los motivos por los que esta parte considera que existe la ya denunciada incongruencia, por ello, nos remitimos a lo enunciado en párrafos anteriores».

**NOVENO.-** *Decisión de la Sala. Defectuosa formulación del motivo.*

1.- El motivo está defectuosamente formulado, por varias razones.

Una primera razón es que confunde, como si se trataran de una misma infracción, infracciones diferentes, como son las relativas a la congruencia de la sentencia y a la motivación, y en concreto, a los aspectos relativos a la claridad y exhaustividad de la motivación de las sentencias.

2.- La segunda razón es que no es admisible que el recurso no exponga con precisión y claridad cómo se ha cometido la infracción que se denuncia en el motivo, sino que se remita a los argumentos esgrimidos para fundar otro motivo del recurso, relativo a otra infracción procesal diferente, de los que, se supone, la Sala habrá de examinar y seleccionar los que puedan servir para fundar la nueva infracción procesal denunciada.

3.- Por último, basta con un somero examen de la sentencia recurrida (y de la sentencia de primera instancia, que es asumida en su integridad por la Audiencia), para comprobar que son un modelo de motivación clara y exhaustiva, y que son plenamente congruentes con las pretensiones formuladas por los apelantes, en tanto que las han desestimado plenamente.

**Recurso de casación.**

**DÉCIMO.-** *Formulación de los tres primeros motivos del recurso. Inadmisibilidad de los motivos.*

1.- Los tres primeros motivos se encabezan así:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC . El objeto del presente recurso de casación en relación a la existencia de un error en el consentimiento: valoración jurídica de los hechos probados ».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC . Existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre las cuestiones resueltas por la sentencia recurrida».

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC . Valoración jurídica de los hechos probados desde el punto de vista económico-financiero. Incorrecta valoración del procedimiento desde este punto de vista e incoherencia en aplicación de la doctrina de los vicios del consentimiento a una materia estrictamente económica».

2.- No se reúnen los requisitos necesarios para que puedan ser considerados propiamente como motivos de un recurso de casación, como son los de identificación de una concreta infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y un desarrollo argumentativo que explique cómo se ha producido tal infracción.

Por tanto, no procede siquiera entrar a valorar las consideraciones de diverso tipo que en ellos se exponen, puesto que los motivos debieron ser inadmitidos a trámite, lo que en este momento procesal es causa de desestimación.

**UNDÉCIMO.-** *Formulación del cuarto motivo del recurso.*

1.- El epígrafe que encabeza el cuarto motivo es el siguiente:

«Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC por infracción de los artículos 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y artículo 5.3 del Anexo al RD 629/1993 de tres de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, ya que la sentencia recurrida considera que se han cumplido los deberes de información contenidos en tales preceptos. Todo ello en relación con los artículos 1265 y 1266 CC .»

2.- A lo largo de treinta y ocho páginas, los recurrentes realizan diversas alegaciones sobre la normativa aplicable a este tipo de inversiones, tanto la anterior como la posterior a la transposición de la Directiva MiFID, la guía editada por la CNMV, el contenido del deber de información que tienen las entidades que ofrecen estos productos y los criterios conforme a los que debe enjuiciarse la labor de asesoramiento a los clientes y la responsabilidad derivada de la misma, la existencia de jurisprudencia contradictoria, las consideraciones fácticas relevantes resultantes de la valoración conjunta de la prueba (se transcribe parcialmente y se extraen conclusiones del informe pericial que aportó la propia parte recurrente), sustancialmente diferentes de las sentadas por la Audiencia Provincial, y la carga de la prueba, entre otras cuestiones.

**DUODÉCIMO.-** *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

1.- Es jurisprudencia consolidada la que afirma que el recurso de casación no es un recurso ordinario que dé paso a una tercera instancia en la que las partes puedan reproducir las alegaciones de hecho y de derecho propias de la primera y segunda instancia, y someter a este tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición. Por el contrario, es un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación por la sentencia de apelación de la norma, principio de derecho o jurisprudencia aplicable al supuesto de hecho, pero no al elaborado por el recurrente conforme a sus intereses, sino al que resulta de los hechos fijados en la sentencia recurrida.

Por tal razón, este recurso exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa ( art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), lo que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable concisión y claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado ( artículo 481.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ); la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (artículo 481.1), que deberá circunscribirse a la de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso ( art. 477.1) y no a infracciones procesales cuya denuncia solo será posible en el recurso extraordinario por infracción procesal si pueden encuadrarse en alguno de los motivos previstos en el art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida y a la base fáctica que de ella resulta.

2.- Al igual que decíamos en relación al recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación no tolera el acarreo de argumentos heterogéneos, como es el caso del presente recurso y, en particular, del presente motivo, en que se mezclan argumentos de diversa naturaleza, unos sustantivos, otros procesales (como los relativos a la valoración de la prueba o a la carga de la prueba), unos relativos a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, otros a los hechos en que se sustenta y a la valoración de las pruebas que han servido para fijarlos en el proceso.

Tampoco es admisible la cita indiscriminada de normas, unas aplicables al caso (como son las reguladoras del mercado de valores antes de la trasposición de la Directiva MiFID), otras no (como son las posteriores a dicha trasposición). Esa cita indiscriminada genera imprecisión, puesto que posteriormente, al desarrollar los argumentos en los que se muestra la disconformidad con la sentencia de la Audiencia, el recurso no precisa adecuadamente cuáles son, entre las múltiples normas citadas, las que se han infringido por la sentencia recurrida, y de qué modo lo han sido cada una de ellas.

3.- El motivo se apoya sobre una base fáctica diferente de la sentada en la instancia. Incurrir por tanto en petición de principio, al erigir la denuncia casacional sobre un presupuesto distinto del establecido en la sentencia impugnada, y que la parte recurrente reputa acreditado tras valorar nuevamente la prueba practicada, desnaturalizando de ese modo el recurso de casación, que no tiene por finalidad resolver sobre cuál sería la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a una base fáctica diferente de la sentada en la instancia, configurada por la parte recurrente de un modo ajustado a sus intereses, sino sobre si se han aplicado correctamente las normas, los principios y la jurisprudencia aplicadas al caso fijado en la instancia.

La Audiencia Provincial, como antes el Juzgado, afirmaron que en la extensa reunión que mantuvieron los demandantes con los empleados del banco con carácter previo a la contratación, estos recabaron la información adecuada sobre los demandantes y sus necesidades de inversión; que con base en la información recabada, ofrecieron a los demandantes una diversificación de inversiones, una parte con menos posibilidades de rentabilidad pero con el capital asegurado, y otra con la posibilidad de obtener suculentos beneficios pero más arriesgada; y que informaron a los demandantes de los riesgos de la inversión de modo claro y con suficiente antelación (por ejemplo, los contratos para realizar la inversión con más riesgo, en la que se produjeron las pérdidas, se enviaron por correo, tres semanas después de realizada la primera inversión, para que pudieran ser leídos con detenimiento por los demandantes, y en ellos se explicitaban los riesgos de la inversión, en concreto el de pérdida total o parcial del capital invertido, de modo claro, y resaltado del resto del contrato, como también se hacía en los folletos explicativos); y que en el momento de aconsejar la suscripción de estos productos, Banco Sabadell no podía tener elementos de juicio que le permitieran prever el descenso tan significativo que se produjo en la cotización de las acciones subyacentes.

Sin embargo, los recurrentes realizan una extensa exposición doctrinal cuya única concreción a efectos de justificar la existencia de infracciones legales se hace con referencia a una base fáctica completamente diferente a la fijada en la sentencia recurrida.

4.- Las extensas exposiciones teóricas que se contienen en el motivo no solo son incompatibles con las exigencias de precisión propias del recurso de casación, sino que además incluyen pasajes que se refieren a la contratación de otros productos financieros, con otra problemática.





Así sucede cuando se alega que «no se especifica en el contrato la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos de las liquidaciones, ni tampoco consta ninguna motivación de las que se realizan [...] Tampoco se especifica la fórmula mediante la cuál se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación del producto [...] Además el contrato suscrito no contiene unas condiciones equilibradas en relación con lo que el cliente tiene que pagar y recibir y así lo evidencian las liquidaciones practicadas [...] en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato, [existe] la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera».

Se trata de alegaciones que pueden ser pertinentes en un recurso relativo a un contrato de permuta financiera o swap (contrato que llega a mencionarse expresamente), en el que efectivamente existe un mecanismo contractual de intercambio de flujos (banco paga-cliente recibe, cliente paga-banco recibe) que sirve para fijar la cantidad que uno de los contratantes ha de pagar al otro en cada liquidación, con frecuencia referenciados a una variable consistente en un tipo de interés (por lo general, euribor a un cierto plazo), en el que es preciso realizar liquidaciones periódicas y en el que suele preverse la posibilidad de cancelación anticipada. No es ese el caso del contrato litigioso, en el que no existe intercambio de flujos, ni la referenciación del derivado se hace a un tipo de interés, ni existe la posibilidad de cancelación anticipada y, por tanto, necesidad de informar sobre cuál será el coste de tal cancelación.

No es admisible que en un recurso extraordinario, en el que se exige una precisa identificación del problema jurídico planteado, se incluyan alegaciones que ni siquiera correspondan al tipo de contrato respecto del que se ejercitan las acciones.

**5.-** Carece de sentido hacer referencia, como hace el recurso, a riesgos que son completamente diferentes del acaecido en el caso objeto del recurso. Así sucede cuando se insiste en la necesidad de informar a los clientes sobre la solvencia del emisor del producto estructurado, cuando en el presente caso no se ha suscitado problema alguno con relación a la solvencia del emisor (que era la propia entidad demandada, respecto de la que no se ha planteado ningún problema de solvencia), sino que ha sido otro el riesgo acaecido (evolución negativa de las acciones que servían de referencia al producto derivado).

**6.-** Tampoco es correcta la invocación de una serie de resoluciones judiciales que, se dice, son contrarias al criterio decisorio adoptado por la sentencia recurrida, cuando en realidad lo que ocurre es que resuelven casos en los que los hechos fueron significativamente distintos: en las resoluciones citadas se dice que no constaba que se hubiera proporcionado al cliente documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance del producto complejo contratado, o que la información facilitada fue contraria a la realidad del producto, o que no hubo información precontractual. Como hemos dicho, la base fáctica fijada en la instancia es diferente a la que resulta de las sentencias invocadas.

También esta Sala ha dictado sentencias (460/2014, de 10 de septiembre , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 ) con relación a casos de comercialización de seguros "unit-link" en que se habían producido importantes deficiencias en la información facilitada a los inversores (en concreto, sobre el riesgo de solvencia del emisor del producto estructurado), en las que se apreció la infracción de la normativa que regula la información que deben suministrar las empresas de inversión y la solución fue favorable al inversor (en un caso, estimando la existencia de error que viciaba el consentimiento y, en el otro, la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual).

Ello no supone la existencia de contradicción en la jurisprudencia, sino que muestra la necesidad de aplicar correctamente el ordenamiento jurídico a las circunstancias de cada caso concreto, sin que sea admisible realizar una aplicación indiferenciada y simplista de dicha regulación legal.

En el caso objeto del recurso, la base fáctica que se fija en la sentencia recurrida supone que el banco demandado cumplió con el elevado estándar de información exigido por la normativa del mercado de valores, puesto que tras informarse sobre las necesidades y apetencias inversoras de los clientes, les ofreció una inversión diversificada en productos de distinto riesgo y rentabilidad, y les suministró información adecuada sobre la naturaleza de los productos, con suficiente antelación y haciendo hincapié en los riesgos que estos presentaban, concretamente el riesgo de pérdida parcial o total de la inversión en caso de bajada significativa de la cotización de las acciones que servían de subyacente al producto derivado ofertado.

**DÉCIMOTERCERO.-** *Formulación del quinto motivo del recurso de casación.*

**1.-** El epígrafe que encabeza este motivo es el siguiente:

«Por error en la interpretación e indebida aplicación de los artículos 1261 al 1266 del Código Civil , sobre el error en el consentimiento».



2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes afirman que el banco demandado aseguró a los recurrentes que se trataba de un producto sin riesgo alguno, y que no les facilitó la información necesaria (como el modo de cálculo y el coste de cancelación) sobre las características del producto y los riesgos asumidos por los clientes, lo que determinaría la existencia de un error excusable con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

**DÉCIMOCUARTO.-** *Decisión de la Sala. Petición de principio.*

Al igual que ha sucedido en el anterior motivo, el recurso parte de una exposición de hechos sustancialmente diferente de la sentada en la instancia (además de referirse a aspectos propios del contrato de swap), con lo que incurre en el vicio casacional de petición de principio, que determina la desestimación del motivo.

**DÉCIMOQUINTO.-** *Formulación del sexto motivo.*

1.- El sexto y último motivo del recurso de casación lleva este título:

«Por error en la interpretación e indebida aplicación de los artículos 1274 a 1277 sobre la causa del contrato».

2.- En el primer apartado del motivo se realiza una exposición doctrinal sobre la significación de la causa del contrato y la diferenciación de la falta de causa con la ineffectividad de la prestación prometida o su imposibilidad sobrevenida.

En el segundo apartado se hace referencia a la cláusula *rebus sic stantibus* [estando así las cosas] y a su incidencia en el principio *pacta sunt servanda* [los pactos deben ser cumplidos], para finalizar afirmando que «obsérvese, en este caso, cómo queda acreditado que el contrato contratado no da cobertura a las necesidades de la parte actora».

**DECIMOSEXTO.-** *Decisión de la Sala. Inconsistencia del motivo.*

1.- Las exposiciones doctrinales realizadas en el recurso de casación solo son admisibles si sirven para fundamentar la existencia de la infracción legal denunciada, y se argumenta adecuadamente el modo en que la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción legal relacionada con la doctrina expuesta.

2.- No es eso lo sucedido en este caso. Tras una extensa exposición doctrinal sobre cuestiones diversas (el significado de la causa en el contrato, el principio *rebus sic stantibus*), los recurrentes se limitan a afirmar que «queda acreditado que el contrato contratado no da cobertura a las necesidades de la parte actora», sin explicar mínimamente cómo se ha producido la infracción legal denunciada en el enunciado del motivo (artículos 1274 a 1277, sin más precisiones).

El motivo carece de una mínima consistencia y por tanto debe ser desestimado.

**DECIMOSÉPTIMO .- 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 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

## FALLAMOS

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Inocencio y D. Remigio, representados ante esta Sala por el procurador D. Nicolás Álvarez Real y asistidos por el letrado D. Marcelino Tamargo Menéndez, contra la sentencia núm. 261/2013, de 7 de octubre, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo

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

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.-Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.