



Roj: **STS 2938/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2938**

Id Cendoj: **28079110012020100457**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2020**

Nº de Recurso: **628/2018**

Nº de Resolución: **484/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2280/2017,**
STS 2938/2020,
AATS 9386/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 484/2020

Fecha de sentencia: 22/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 628/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VIZCAYA SECCION N. 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 628/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 484/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 22 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por S.L. Mortgage Funding nº 1 LTD, representada por el procurador D. Jesús Gorrochategui Erauzquin, bajo la dirección letrada de D. Gunter Helbing, contra la sentencia núm. 671/2017, de 31 de octubre, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación núm. 226/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 917/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Bilbao.

Ha sido parte recurrida D. Juan Alberto y D. Amelia, D. Alexis, D. Ambrosio y D.ª Ramona, D. Aureliano y D.ª Sagrario, D. Bienvenido, D.ª Tarsila y D. Conrado, Pedro & Juana, D. Roberto, D.ª Loreto, D.ª Margarita, D.ª Marisol, D. Teodoro y D. Víctor y D.ª Otilia, representadaos por la procuradora Dña. Monserrat Gómez Hernández y bajo la dirección letrada de D. Luis Fernando González Ordóñez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Rafael Eguidazu Buerba, en nombre y representación de D. Juan Alberto y D.ª Amelia y otros, interpuso demanda de juicio ordinario contra The Premier Group (isle of Man) Limited y S.L. Mortgage Funding N1 Limited en la que solicitaba se dictara sentencia:

"Se declare la NULIDAD ABSOLUTA del producto financiero denominado "SITIRS". que responde indistintamente al nombre "SPANISH INHERITANCE TAX and INCOME RELEASE SCHME" o "SPANISH INVESTMENT TRANSFER and INCOME RELEASE SCHEME", conformado por las escrituras públicas de constitución de hipoteca relacionadas en este suplico, más cualesquiera otros contratos de prestación de servicios de inversión que traigan causa de aquellas, o estuvieran relacionados por un vínculo de conexidad con aquellas, suscritos con las entidades SL MORTGAGE FUNDING N 1 LIMITED y THE PREMIER GROUP (ISLE OF MAN) LIMITED, con aplicación de los efectos del artículo 1.306.2 del vigente Código Civil:

- Juan Alberto y Amelia :

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: € 312.996

Edad: 78 y 67 años respectivamente

Fecha escritura: 30/11/2005

Fecha vencimiento: 03/04/2015

- Alexis :

Escritura de constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Malaxechevarría, Bilbao

Importe; € 551.021

Edad: 70 años

Fecha escritura: 10/05/2006

Fecha vencimiento; 10/05/2016

- Ambrosio y Ramona :

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: € 805.279

Edad: 73 y 61 años respectivamente

Fecha escritura: 16/09/2005

Fecha vencimiento: 16/09/2015

- Aureliano y Sagrario :



Escritura de Reconocimiento de Deuda y Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: €223.823

Edad: 68 y 70 años respectivamente

Fecha escritura: 15/07/2007

Fecha vencimiento: 15/07/2017

- Bienvenido :

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: € 347.195

Edad: 75 años

Fecha escritura: 17/08/2005

Fecha vencimiento; 17/08/2015

- Tarsila Y Conrado :

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: € 999.999

Edad: 81 y 80 años respectivamente

Fecha escritura; 21/07/2006

Fecha vencimiento; 21/07/2016

- Pedro y Juana

Escritura de constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: €150.304

Edad: 75 y 71 años respectivamente

Fecha escritura: 21/07/2006

Fecha vencimiento:21/07/2016

- Roberto y Jose Enrique

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

importe: € 543.143

Edad: 84 años

Fecha escritura: 15/09/2006

Fecha vencimiento: 15/09/2016

- Roberto (sic)

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: € 905.412

Edad: 84 años

Fecha escritura: 18/12/2006

Fecha vencimiento: 18/12/2016.



- Loreto

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: €314.701

Residentes en España a la fecha de firma de la escritura de constitución de hipoteca

Edad: 62 años

Fecha escritura: 17/05/2005

Fecha vencimiento: 15/07/2015

- Margarita

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

importe: € 269.276

Edad: 64 años

Fecha escritura: 15/06/2007

Fecha vencimiento: 15/06/2017.

- Marisol

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: € 568.680

Edad: 79 años

Fecha escritura: 22/01/2007

Fecha vencimiento: 22/01/2017

- Teodoro

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: €235.305

Edad: 77años.

Fecha escritura: 24/07/2006

Fecha vencimiento: 24/07/2016

- Víctor y Otilia

Escritura de Constitución de Hipoteca

Notario Autorizante: Juan Ramón Manzano Malaxechevarría, Bilbao

Importe: € 247.050

Edad: 63 años ambos

Fecha escritura: 15/02/2007

Fecha de vencimiento: 15/02/2017

Todo ello con EXPRESA CONDENA EN COSTAS a los demandados.

En caso de no ser estimada por este Juzgado la acción de nulidad absoluta, se declare la ANULACIÓN del producto financiero denominado "SITIRS", que responde indistintamente al nombre "SPANISH INHERITANCE TAX and INCOME RELEASE SCHEME", conformado por las escritura públicas de constitución de hipoteca relacionadas en este suplico, más cualesquiera otros contratos de prestación de servicios de inversión que traigan causa de aquellas, o estuvieran relacionados por un vínculo de conexidad con aquellas, suscritos



con las entidades SL MORTGAGE FUNDING N 1 LIMITED y THE PREMIER GROUP (ISLE OF MAN) LIMITED, por existencia de VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO PRESTADOS POR DOLO Y / O ERROR, con los efectos inherentes a dicha declaración que ex artículo 1.303 del Código Civil conducen a la recíproca restitución de las prestaciones.

Todo ello con expresa condena en costas a los demandados".

2.- La demanda fue presentada el 24 de septiembre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Bilbao se registró con el núm. 917/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- La procuradora D.ª Iciar Otalora Ariño, en representación de The Premier Group (Isle of Man) Limited (PGIOM), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a los demandantes.

4.- El procurador D. Jesús Gorrochategui, en representación de S.L. Mortgage Funding N° 1 LTD, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas a los actores.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Bilbao dictó sentencia n.º 282/2016, de 30 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Se desestima la demanda presentada por el procurador Sr. Eguidazu, en la indicada representación, frente a THE PREMIER GROUP (ISLE OF MAN LIMITED, a la que se absuelve de las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Se estima la demanda presentada por el procurador Sr. Eguidazu, en la indicada representación, frente a SL MORTGAGE FUNDING N1 LIMITED y, en consecuencia, se declaran nulos todos los contratos suscritos con los demandantes, con los efectos señalados en el Fundamento Jurídico Octavo de esta Sentencia, con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas por los que respecta al desistimiento de los herederos del Sr. Teodoro".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de S.L. Mortgage Funding N° 1 LTD. La representación de D. Juan Alberto y otros se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el número de rollo 226/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 31 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Que desestimado el recurso de apelación interpuesto por S.L. MORTGAGE FUNDING N° 1 LTD contra la sentencia dictada en fecha 30-11-16 por la magistrada-juez del Juzgado de 1ª Instancia n° 11 de los de Bilbao, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, condenando a la apelante al pago de las costas del recurso".

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

1.- El procurador D. Jesús Gorrochategui, en representación de S.L. Mortgage Funding N° 1 LTD, 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 LEC, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, por haber rechazado la falta de legitimación pasiva de SLMF en relación con el contrato de inversión, con infracción del artículo 10 de la LEC.

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC, siendo causa de indefensión de esta parte, y vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE, defectos en la valoración de la prueba, en relación con los artículos 326 LEC y 376 LEC.

"Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.3º LEC, siendo causa de indefensión de esta parte, por infracción del art. 465.4 LEC, por entrar la Sentencia a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Se funda en la infracción del art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV) en su versión vigente en el momento de celebrarse los contratos de préstamos e hipotecas



celebrados entre SLMF y los actores, como norma sustantiva para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC), ya que la sentencia basa la declaración de nulidad de todos los contratos impugnados en la falta de autorización de SLMF como empresa de servicio de inversión (art. 64.7 LMV).

"Segundo.- Infracción del art. 2 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante, LIIC), en su versión vigente en el momento de celebrarse los contratos de préstamo e hipotecas celebrados entre SLMF y los actores, como norma sustantiva para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC), ya que la Sentencia basa la declaración de nulidad de todos los contratos impugnados en la falta de autorización de los fondos para ser comercializados en España."

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de S.L. Mortgage Funding 1 Limited contra la sentencia dictada con fecha 31 de octubre de 2017, por la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, en el rollo de apelación n.º 226/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 917/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Bilbao".

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

4.- Por providencia de 10 de julio de 2020 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 16 de septiembre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Son hechos acreditados en ambas instancias:

1.1.- Los demandantes son unas personas jubiladas, de nacionalidad británica, que adquirieron viviendas en España con la finalidad de residir permanentemente en nuestro país tras la jubilación.

1.2.- Entre 2004 y 2007, adquirieron un producto híbrido denominado SITIRS (Spanish Inheritance Tax and Income Release Scheme o Spanish Investment Transfer and Income Release Scheme), ofertado por la entidad S.L. Mortgage Funding 1 Limited (SLMF).

La mecánica de la inversión era la siguiente: (i) SLMF concedía a los clientes un préstamo hipotecario (*Premier Cash Release Mortgage*) que gravaba su vivienda en España, por un importe que coincidía básicamente con su valor de tasación; (ii) aproximadamente el 85% del préstamo era invertido, a su vez, en un fondo de inversión denominado *The Premier Balanced Fund PLC*, reservado para inversores experimentados y gestionado por la entidad *The Premier Group -(Isle of Man) Limited (PGIOM)*; (iii) SLMF retenía fiduciariamente las participaciones del fondo de inversión.

SLMF y PGIOM carecían de autorización para actuar en España.

1.3.- Según las empresas comercializadoras, los objetivos del mencionado producto eran: (i) la optimización fiscal, al permitir reducir el impuesto de sucesiones, mediante la reducción de la base imponible, al gravar la propiedad con una hipoteca; (ii) la obtención de ingresos adicionales: la carga hipotecaria garantizaba, entre otras circunstancias, la devolución del préstamo en condiciones más ventajosas.

1.4.- La captación de clientes se hacía a través de los agentes financieros, *Hamiltons Financial Services S.L.*, *Henry Woods Investment Management S.L.*, y *Offshore International Brokers S.L.* Los dos primeros habían sido objeto de investigación por la CNMV y estaban incluidos en el listado de entidades advertidas.

1.5.- Todos los préstamos con garantía hipotecaria fueron suscritos en Bilbao por sendos representantes de las partes. Por el prestamista intervino D. Horacio , que en esas fechas era cónsul honorario de Irlanda en Bilbao. Y por los prestatarios compareció D. Jesús , asesor jurídico del cónsul general británico en Bilbao, presidente de la Cámara de Comercio Británica en Bilbao y en posesión de la Orden del Imperio Británico, a quienes los clientes habían apoderado al efecto.

Estas circunstancias personales de los representantes incrementaron la confianza de los clientes en el producto ofertado.



1.6.- El representante de los clientes nunca se reunió con los mismos ni actuó conforme se indicaba en el folleto correspondiente. Por consiguiente, los clientes no fueron informados de la falta de autorización de las entidades intervinientes, ni de que los supuestos beneficios fiscales no eran tales, ni de la posibilidad de pérdidas.

2.- Los inversores formularon una demanda contra PGIOM y SLMF en la que ejercitaron una acción de nulidad absoluta, y subsidiariamente de nulidad por dolo y vicio en el consentimiento, de los contratos referidos al producto de nominado SITIRS. Respecto de la acción principal, su fundamento era que la comercialización del producto se había realizado por entidades no autorizadas en España, con infracción de normas imperativas; y respecto a la acción subsidiaria, la prestación viciada del consentimiento por parte de los demandantes. Y solicitaron, con carácter principal, la nulidad absoluta de la adquisición del producto denominado SITIRS, con aplicación de los efectos del art. 1306.2 CC; o subsidiariamente, su anulación, con los efectos restitutorios del art. 1303 CC.

3.- PGIOM opuso su falta de legitimación pasiva, al ser ajena a los contratos de inversión cuya nulidad se interesaba. Mientras que SLMF se opuso a la demanda por no haber comercializado producto financiero alguno en España, ya que se había limitado a prestar dinero a unos ciudadanos británicos que deseaban invertir en un fondo no radicado España, garantizándose dichos préstamos con hipotecas sobre propiedades en España.

SLMF alegó, también, que los demandantes habían estado asesorados por expertos financieros independientes y letrados de su elección. Negó su condición de entidad financiera o de empresa de servicios de inversión, por lo sostuvo que para operar no necesitaba ni la autorización del Banco de España, ni de la CNMV. Refutó, igualmente, que resultara de aplicación la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, ya que no había desplegado actividad publicitaria alguna con el fin de captar clientes en España.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda respecto a PGIOM, al apreciar su falta de legitimación pasiva; y la estimó frente a SLMF y declaró la nulidad absoluta de los contratos referidos al producto SITIRS, por considerar que dichos contratos infringían normas imperativas, con consideración de fraude civil, al desarrollarse por SLMF actividades reservadas a entidades sometidas a la supervisión de las autoridades del mercado de valores, vulnerándose la Ley 26/1988, del Mercado de Valores (LMV), y la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC). Extendió lo efectos de la declaración de nulidad a todos los contratos suscritos por los demandantes, por ser conexos, y estableció como efectos de la nulidad los previstos en el art. 1306.2º CC, por lo que los demandantes no tendrán que devolver el capital prestado (tanto la suma inicialmente entregada, como las ulteriormente recibidas en concepto de rendimientos) y les serán restituidas las cantidades que hubieran tenido que abonar. Asimismo, ordenó el levantamiento de la carga hipotecaria, con cargo a la condenada.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada condenada en primera instancia, fue desestimado por la Audiencia Provincial, por los siguientes y resumidos argumentos: (i) la concesión de los préstamos hipotecarios estaba indisolublemente unida al destino que se iba a dar a su importe, que excepto en una pequeñísima parte, no recibían los demandantes, sino que el dinero era invertido en la compra de unas participaciones en un fondo designado por SLMF, que era la titular de dichas participaciones, pues se pignoraban como garantía de la devolución del préstamo; (ii) el producto adquirido por los demandantes era un único producto de naturaleza compleja, según la propia descripción del mismo que hacía SLMF: "es un elemento hipotecario de un producto que se vende en paquetes dirigido a Clientes con propiedades residenciales en España que desean obtener efectivo de su Propiedad. Según este producto, el importe del Préstamo PCRM se invierte en el Premier Balanced Fund Euro llamado Subfondo clientes privados ("el "PBF") un fondo inversor con experiencia con sede en la Isla de Man, bien directamente o a través de un programa de bono asegurados"; (iii) el producto era comercializado en España por SLMF, mediante asesores financieros retribuidos por ella, que se dirigían a los clientes para ofrecerles la inversión; (iv) el ofrecimiento y la comercialización del producto suponía una actividad inversora que requería una autorización administrativa; (v) la vulneración de todas las normas que resultan de obligado cumplimiento para la contratación del producto litigioso merece una sanción de nulidad de pleno derecho, al actuarse al margen de toda legalidad, privando a los actores de todas las garantías que la legislación específica establece con la finalidad de tener una completa información sobre la situación y evolución de las entidades financieras, para así poder limitar o prohibir aquellas prácticas u operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o falta de liquidez, y reforzar los recursos propios con que pueden en su caso atenderse esos riesgos, evitando perjuicios para los solicitantes; (vi) SLMF contrató con los demandantes, revistiéndose de una apariencia de legalidad inexistente, y les aseguró unos beneficios fiscales ficticios, puesto que el préstamo no había sido invertido en la adquisición de la vivienda.

Recurso por infracción procesal

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Legitimación pasiva**Planteamiento:*

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC, y alega la infracción del art. 24 CE, en relación con el art. 10 LEC, por falta de legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad.

2.- En su desarrollo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que no fue parte en los contratos cuya nulidad se solicita, y en particular no lo fue en los contratos de inversión, como demuestra que los demandantes se dirigieran a PGIOM como proveedor de los contratos de inversión y a SLMF como mero prestamista.

Asimismo, considera que se le ha causado indefensión, porque en primera instancia no pudo alegar su falta de legitimación pasiva, ya que no se la demandó en su calidad de proveedora del producto de inversión.

Decisión de la Sala:

1.- Está claro que, si la demanda se dirigió contra la recurrente y en ella se solicitaba la declaración de nulidad de los contratos de inversión, SLMF podía haber aducido en la contestación a la demanda su supuesta falta de legitimación pasiva, por lo que ninguna indefensión se le ha causado. De hecho, quien aportó a las actuaciones los contratos de inversión fue SLMF con su escrito de contestación.

Y en segunda instancia, si bien alegó como motivo de apelación la falta de legitimación pasiva, ninguna mención hizo a una supuesta indefensión por no haber podido oponerla en primera instancia. Por lo que no ha cumplido el requisito exigido en el art. 469.2 LEC sobre denuncia de la infracción cuando hubo oportunidad procesal para ello.

2.- En cuanto a la legitimación pasiva en sí, la propia SLMF reconoció en la documentación obrante en las actuaciones que no se trataba de dos productos diferentes -hipoteca y producto de inversión-, sino de un paquete por el que el importe del préstamo se invertía en un fondo gestionado por un inversor radicado en la Isla de Man y cuyas participaciones retenía fiduciariamente la prestamista. Por tanto, no puede escindir la operación y presentarse como mero concedente de los préstamos hipotecarios, cuando realmente era comercializadora de un producto financiero complejo.

3.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba**Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.4º LEC, denuncia la infracción del art. 24 CE, en relación con los arts. 326 y 376 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la prueba documental privada y la prueba testifical han sido valoradas incorrectamente, puesto que de ellas se deduce claramente que SLMF no era parte del contrato de inversión.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como de la de esta sala, se desprende que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, así como inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Respecto a la pretendida infracción del art. 326 LEC, la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (sentencias 458/2009, de 30 de junio; 163/2016, de 16 de marzo; y 642/2016, de 26 de octubre), puesto que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba (sentencia 356/2016, de 30 de mayo). Una cosa es el valor probatorio de los documentos en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida acerca del contenido de los documentos (por todas, sentencia 235/2018, de 23 de abril), puesto que la expresión "prueba plena" del artículo 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los documentos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el conjunto de las pruebas aportadas.



En este caso, la parte recurrente pretende hacer una lectura fragmentaria de partes concretas de las pruebas para intentar desmentir el sentido conjunto que arrojan las mismas. Que en el caso concreto de una de las inversoras la inversión fuera en un fondo distinto no quiere decir que SLMF no fuera quien seleccionaba los fondos de inversión a los que se iba a aplicar el dinero invertido, como se desprende inequívocamente del resto de contratos; máxime cuando ese fondo diferente también era de los ofertados por SLMF. Ni mucho menos supone que, conforme hemos expuesto al resolver el motivo anterior, SLMF no fuera comercializadora de un producto de inversión complejo.

Es más, resulta llamativo que se pretenda ajena a las operaciones de inversión quien mantenía la titularidad, en régimen fiduciario, de las participaciones del fondo elegido por el cliente.

3.- En cuanto a la infracción del art. 376 LEC, difícilmente puede fundarse una vulneración procedimental en un precepto que, lejos de establecer una regla tasada de prueba, confía la valoración de la prueba testifical a la sana crítica del tribunal (sentencia 746/2009, de 13 de noviembre).

Por lo demás, no cabe entresacar unas determinadas manifestaciones de la declaración de un testigo para pretender una revisión de todo el resultado probatorio, como si este trámite casacional fuera una tercera instancia.

4.- En todo caso, la atribución a la parte recurrente de la cualidad legal de entidad de servicios de inversión y no de mera prestamista no es una cuestión de valoración de la prueba, sino una valoración jurídica que, en su caso, habrá de ser combatida en el recurso de casación.

5.- Por lo que el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser desestimado.

CUARTO.- *Tercer motivo de infracción procesal. Incongruencia en segunda instancia*

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal, deducido al amparo del art. 469.1.3º LEC, denuncia la infracción del art. 465.4 LEC.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la sentencia recurrida resuelve sobre unos extremos que, por haber sido consentidos, no habían sido objeto de impugnación. En concreto, señala que el fundamento jurídico cuarto se dedica al examen de otras causas de nulidad, cuando la sentencia de primera instancia se limitó a examinar una única causa de nulidad, la contemplada en el art. 6.3 CC, sin que los demandantes formularan otra pretensión en segunda instancia. En consecuencia, el tribunal de apelación se ha extralimitado, al conocer sobre unas causas de nulidad que no estaban ya en el debate en segunda instancia.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque es cierto que la sentencia recurrida analiza unas causas de nulidad que ya no eran objeto de controversia en segunda instancia, ello no afecta a la *ratio decidendi* de su resolución, que es la confirmación de la nulidad radical. Por tanto, puede haber defecto procesal, pero es irrelevante para la parte y para la resolución del litigio.

2.- Por lo cual, este tercer motivo de infracción procesal ha de seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

Recurso de casación

QUINTO.- *Primer motivo de casación. Ámbito de aplicación de la normativa del mercado de valores*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 2 LMV, al aplicarse a un contrato que no es un producto de inversión.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que no procede aplicar la LMV a un préstamo o una hipoteca, porque estos contratos no son de inversión, ni están incluidos en el listado del art. 2 LMV u otra legislación relativa a los mercados de instrumentos financieros. Así lo reconoce la jurisprudencia de esta sala, pues como declaró la sentencia 57/2017, de 30 de enero, el préstamo no es un contrato de inversión ni un instrumento financiero. Ni siquiera prestó un servicio de inversión auxiliar, aunque a efectos meramente hipotéticos se considerase aplicable la redacción del art. 63.2 b LMV que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 (apartado treinta y uno del artículo único de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la LMV).



En tanto que SLMF no intervino en la inversión, no se le puede exigir una autorización como empresa de servicio de inversión.

A los préstamos se les aplica únicamente su legislación sectorial, a saber, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los Préstamos Hipotecarios, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial pendiente de trasposición a la normativa española. Nada alegaron los actores sobre el incumplimiento de esta normativa y nada dice la sentencia al respecto.

En cualquier caso, para declarar nulos los contratos de inversión deberían haber comparecido las empresas que les vendieron las inversiones a los actores.

Decisión de la Sala:

1.- La parte recurrente, al igual que ha pretendido en el recurso extraordinario por infracción procesal, intenta fragmentar el conjunto contractual ofertado a los clientes y colocarse como mera prestamista, ajena a los productos de inversión a los que se aplicaba, mayoritariamente, el importe de los préstamos.

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

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

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

3.- Asimismo, aunque en la fecha de la contratación no estuviera en vigor el art. 63.2 b LMV, en su redacción dada por la Ley 47/2007, sí lo estaba el art. 64.7 de la misma Ley, que obligaba a las entidades comercializadoras de instrumentos financieros a estar inscritas en los correspondientes registros administrativos y tener autorización para tal actividad.

4.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

SEXTO.- Segundo motivo de casación. Entidades de inversión colectiva

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 2 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (LCII).

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que un préstamo o una hipoteca no pueden considerarse instrumentos de inversión colectiva (TIC), por lo que SLMF no precisaba de ninguna autorización preceptiva, ni tenía que estar inscrita en los registros de la CNMV para otorgar préstamos con garantía hipotecaria. En particular, otorgar préstamos con garantía hipotecaria no es una actividad legalmente reservada a las Instituciones de Inversión Colectiva.

Decisión de la Sala:

1.- Este último motivo de casación parte de la misma premisa incorrecta que los anteriores: como solo se concedió un préstamo, no era preciso someterse a los requisitos de autorización de las entidades de inversión colectiva.

2.- El art. 1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, las define como:

" aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos".

Es decir, para ser considerada entidad o institución de inversión colectiva se deben cumplir tres requisitos: (i) captación de fondos, bienes o derechos de terceros; (ii) gestionar tales fondos, bienes o derechos e invertirlos



en otros bienes, valores o instrumentos financieros; y (iii) adjudicar un rendimiento al inversor en función del resultado colectivo.

3.- La operación litigiosa responde a esas tres características:

1. SLMF captó fondos de los demandantes mediante la retención de la mayor parte del importe de los préstamos concedidos.
2. Invertió tales fondos en un fondo de inversión, cuyas participaciones retuvo fiduciariamente.
3. Supeditó el reparto de beneficios al resultado colectivo del fondo.
- 4.- En consecuencia, el segundo motivo de casación debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- *Costas y depósitos*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación conlleva que deban imponerse a la recurrente las costas causadas por ellos, según ordena el art. 398.1 LEC.

2.- Igualmente, esa desestimación implica la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por S.L. Mortgage Funding 1 Limited (SLMF) contra la sentencia núm. 671/2017, de 31 de octubre, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación núm. 226/2017.

2.º- Imponer a la recurrente el pago de las costas de ambos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.