



Roj: **STS 765/2019 - ECLI:ES:TS:2019:765**

Id Cendoj: **28079110012019100144**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2019**

Nº de Recurso: **3098/2015**

Nº de Resolución: **154/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 154/2019**

Fecha de sentencia: 14/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3098/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 25

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

Transcrito por: GM/RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3098/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 154/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 14 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación respecto de la sentencia 243/2015, de 16 de junio, aclarada por auto de 28 de julio de 2015, dictada en grado de apelación por la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 839/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid, sobre nulidad contractual.

Los recursos fueron interpuestos por D. Martín, D.ª Bernarda, Buenaventura Corporativa S.L., D. Nazario, D. Nicolas y D.ª Alicia, representados por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín y bajo la dirección letrada de D. Fernando Zunzunegui Pastor.

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

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de D. Martín, D.ª Bernarda, Buenaventura Corporativa S.L., D. Nazario, D. Nicolas y D.ª Alicia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Popular Banca Privada S.A. y Banco Popular Español S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

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

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

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

"4) Subsidiariamente se solicita que, se declare que Popular Banca Privada S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los contratos financieros atípicos, y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diversificación de las inversiones, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida ocasionada que se concreta en la condena a Popular Banca Privada S.A. a la restitución de las cantidades entregadas por los Clientes,



minoradas en un 10%, previa compensación con las abonadas por Popular Banca Privada, S.A., en concepto de cupones y de liquidación final del contrato, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Popular Banca Privada S.A. y Banco Popular Español S.A. La representación de D. Martín , D.<sup>a</sup> Bernarda , Buenaventura Corporativa S.L., D. Nazario , D. Nicolas y D.<sup>a</sup> Alicia se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 25.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 41/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 243/2015, de 16 de junio , cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Popular Español SA y Popular Banca Privada, SA, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª instancia n.º 34 de Madrid, de 20 de noviembre de 2014 , en juicio ordinario 839/2012, resolución que se revoca íntegramente, con desestimación de la demanda presentada por la representación procesal de Buenaventura Corporativa S.L., D. Martín , D.<sup>a</sup> Bernarda , D. Nazario , D. Nicolas y D.<sup>a</sup> Alicia , a quienes se imponen las costas causadas en la primera instancia, sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada, con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir".

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

"Se acuerda: estimar la petición de complemento de la Sentencia de fecha 16 de junio de 2015, dictada en el presente rollo de apelación 41/2015 , solicitada por la representación procesal de Buenaventura Corporativa S.L., D. Martín , D.<sup>a</sup> Bernarda , D. Nazario , D. Nicolas y D.<sup>a</sup> Alicia , Sentencia cuya fundamentación se completa mediante la presente resolución, en el sentido de desestimar íntegramente las peticiones subsidiarias por ellos planteadas en su escrito de demanda, con desestimación de las peticiones de aclaración de Sentencia planteadas".

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

1.- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en representación de D. Martín , D.<sup>a</sup> Bernarda , Buenaventura Corporativa S.L., D. Nazario , D. Nicolas y D.<sup>a</sup> Alicia , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

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

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

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

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

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

Los motivos del recurso de casación fueron:

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

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

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

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

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

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



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

3.- D. Martin , D.<sup>a</sup> Bernarda , Buenaventura Corporativa S.L., D. Nazario , D. Nicolas y D.<sup>a</sup> Alicia se opusieron a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El 21 de septiembre de 2006, mediante oferta y asesoramiento de Popular Banca Privada S.A. (entidad del Banco Popular Español S.A., en la actualidad Banco Santander S.A.), D. Martin y D.<sup>a</sup> Bernarda , Buenaventura Corporativa S.L., D. Nazario , y D. Nicolas y D.<sup>a</sup> Alicia suscribieron un contrato con Popular Banca Privada S.A. para la adquisición de un producto financiero estructurado sobre acciones ordinarias del Banco Popular, con vencimiento en septiembre de 2007 y por importes de 1.800.000 €, 1.700.000 €, 1.200.000 € y 1.000.000 €, respectivamente. Dichas adquisiciones de los clientes, aquí demandantes y recurrentes, se hicieron con el dinero obtenido de la venta de sus participaciones en la compañía "Europa Ferrys S.A." y en la empresa "Viajes Eurotras S.A."

El 16 de abril de 2007, mediante nueva oferta y asesoramiento de Popular Banca Privada S.A., D. Martin y D.<sup>a</sup> Bernarda , D. Nazario , y D. Nicolas y D.<sup>a</sup> Alicia suscribieron un nuevo contrato con la citada entidad para la contratación de un bono estructurado sobre acciones del Banco Santander, BBVA y Telefónica, por importes de 2.000.000 €, 1.200.000 €, y 1.000.000 €, respectivamente. Para esta adquisición los clientes concertaron, con la citada entidad, contratos de préstamo con la garantía pignoratícia de todos los productos adquiridos. Las pérdidas ocasionadas al vencimiento de los productos financieros alcanzaron los 2.576.265,80 €.

En lo que aquí interesa, los clientes presentaron una demanda contra Popular Banca Privada S.A. en la que solicitaron de forma principal la nulidad de los contratos suscritos bien por haber infringido normas imperativas del mercado de valores ( art. 6.3 CC .), o bien por haberse producido un error vicio en el consentimiento prestado ( art. 1265 y 1266 CC ), con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas, así como la nulidad de las pólizas de préstamos suscritas, incluida su garantía pignoratícia, con la devolución de los intereses, comisiones y gastos satisfechos. Subsidiariamente solicitaron que se declarase el incumplimiento contractual de Popular Banca Privada S.A., con la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios derivados, respecto de las siguientes obligaciones: i) obligación de abstención de ofrecer productos no adecuados al cliente; ii) obligación de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de productos financieros, en particular de las obligaciones de seguimiento de la posición del cliente; iii) obligación de diversificación de la inversión recomendada. Por último, también solicitaron la restitución de 500.124,07 € en concepto de comisiones ilícitas no informadas y cobradas a los clientes.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

2. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos suscritos con relación a los productos financieros complejos, así como la nulidad de las pólizas de préstamo suscritas, incluida la garantía pignoratícia, con la consiguiente devolución recíproca de las prestaciones realizadas por ambas partes, la devolución de las comisiones cobradas y el abono de los gastos satisfechos por los clientes en la finalización de los préstamos. En síntesis, consideró que la información suministrada por la entidad bancaria, contratos de mandato de compra y suscripción de los bonos, si bien era suficiente para permitir la válida formación del contrato, no cumplía con los estándares exigidos por la normativa del mercado de valores aplicable al caso, lo que determinaba la nulidad de los contratos por infracción de normas imperativas ( art. 6.3 CC ). Por lo que el juzgado de primera instancia desestimó la acción de nulidad contractual por error vicio en el consentimiento prestado y declaró la nulidad de pleno derecho de los contratos suscritos con base en la infracción de normas imperativas ( art. 6.3 CC ).

3. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia, tras resaltar que la sentencia de primera instancia desestimó la nulidad de los contratos por error vicio en el consentimiento prestado, estimó dicho recurso y, en consecuencia, desestimó la demanda interpuesta. En lo que aquí interesa, la Audiencia aplicó la doctrina de esta sala contenida, entre otras, en la STS de 15 de diciembre de 2014 , en donde se declaró que la infracción de los deberes de información contenidos en la normativa sectorial del





mercado de valores no comporta la nulidad de los contratos de adquisición de estos productos financieros complejos al amparo del art. 6.3 CC .

La sentencia fue objeto de complemento por auto de 28 de julio de 2015 , en el que, entre otros extremos, declaró lo siguiente:

"[...] La Sentencia dictada en el presente rollo de apelación, de forma contraria al criterio interpretativo expresado en la Sentencia recurrida, que llevó a valorar disposiciones con independencia de su efectiva vigencia, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 que concreta, como normativa a tener cuenta para concretar los deberes legales de información, la vigente en el momento de firma de los contratos, firma que como aquí ocurre tuvo lugar en momento anterior a la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la directiva MiFID, hecho que determinó la exclusión de vigencia de la previsión contenida en el art. 79 bis LMV, tras la incorporación de la directiva, por no ser norma aplicable al caso, deberes legales de información que la Sentencia del Tribunal Supremo fija en el RO 629/1993, de 3 de mayo , y que responden a un principio general consistente en proporcionar información de los aspectos fundamentales del negocio, con especial referencia a los concretos riesgos del producto financiero contratado, principio general que la Sentencia del Tribunal Supremo vincula con las exigencias de buena fe contractual, obligación plenamente cumplida en el presente caso como así estableció la Sentencia recurrida al desestimar la anulación de los contratos por error vicio de consentimiento.

" El cumplimiento del deber de información principal, consecuente con la previsión normativa aplicable y el contenido de ella fijado por la Sentencia del Tribunal Supremo citada, no permite atribuir incumplimiento contractual a la codemandada respecto de los deberes de información que se afirman incumplidos por la Sentencia de instancia, y que se expresan en la página 6 de la Sentencia dictada en el presente rollo de apelación, cumplimiento del deber de información que tampoco permite estimar la petición subsidiaria realizada con el número 2) del suplico de la demanda, que atribuye a la codemandada incumplimiento de obligación precontractual por haber ofrecido a los demandantes productos no adecuados a su perfil inversor, obligación que la resolución recurrida vincula a las previsiones de la directiva MiFID, no incorporada al ordenamiento jurídico interno al momento de contratar, razones expresadas en la Sentencia dictada en el presente rollo de apelación y que son extensivas a la desestimación de la petición subsidiaria 2) y, también, a la petición subsidiaria 4), que atribuye a la codemandada negligente cumplimiento de "sus obligaciones de diversificación de las inversiones", por considerar los demandantes que la codemandada no debió recomendar la forma en que fue realizada la inversión, sin diversificar riesgos, premisas que justifican la pretensión indemnizatoria realizada, art. 1101 CC , ya que la cuestión que da contenido a la pretensión subsidiaria 4) no se sustenta con ninguna previsión normativa del mercado de valores que concrete la obligación que da título y contenido a la pretensión, sin que la misma, de ser integrada en el contenido de deber precontractual de información ajustada al perfil inversor de los demandantes, tenga la incidencia pretendida por las razones antes expresadas".

4. Hay que destacar que la parte demandante, aquí recurrente, no apeló la sentencia de primera instancia, ni impugnó su pronunciamiento acerca de la inexistencia del error vicio del consentimiento, por lo que se aquietó a este pronunciamiento.

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

6. Previo.

Con carácter previo al examen de los recursos planteados cabe pronunciarse sobre la solicitud de los recurrentes de incorporar al presente procedimiento la sentencia 271/2016, de 3 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 1, y la sentencia de 30 de junio de 2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, confirmatoria del fallo de la anterior sentencia de primera instancia, al amparo del art. 271.2 LEC .

Dicha pretensión debe ser desestimada, aunque las citadas sentencias versan sobre la comercialización de un producto financiero similar al de la presente *litis*, que adquirió un socio de uno de los aquí recurrentes, no por ello vinculan a esta sala, ni resultan relevantes para la decisión del presente pleito.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEGUNDO.- 1.** Los recurrentes interponen recurso extraordinario por infracción procesal que articulan en cinco motivos.

2. En el motivo primero los recurrentes, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , denuncian la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial ( art. 24 CE ) por la infracción del principio de intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales.



En el desarrollo del motivo justifica la infracción denunciada en el hecho de que el auto de complemento de la sentencia de la Audiencia, de 28 de julio de 2015, imputa a la sentencia de primera instancia haber aplicado la Directiva MiFID cuando en el momento de la contratación de los productos financieros no se había transpuesto al Derecho interno español la citada Directiva. Por lo que viene a alterar y modificar los fundamentos jurídicos de la propia sentencia de la Audiencia, que declara que la sentencia de primera instancia aplicó la normativa sectorial del mercado de valores anterior a la citada transposición de la Directiva MiFID.

3. En la línea del anterior motivo, en el motivo segundo los recurrentes, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, denuncian la vulneración del art. 218 LEC por incongruencia de la sentencia recurrida con sus propios pronunciamientos.

4. Se procede al examen conjunto de los motivos, dada su conexión con la impugnación planteada.

5. Los motivos deben ser desestimados por carencia de fundamento. Conforme a una correcta lectura del citado auto de complemento, en ningún momento la Audiencia sostiene que la sentencia de primera instancia base su decisión en la aplicación de la Directiva MiFID sino que, en un sentido distinto, lo que señala es su discrepancia con el criterio interpretativo seguido por el juzgado de primera instancia respecto de los deberes de información que resultaron incumplidos y que expresamente fueron valorados, con un criterio distinto, por la sentencia de la Audiencia.

6. En el motivo tercero los recurrentes, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, denuncian la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) producida por el error patente y manifiesta irrazonabilidad en la motivación de la sentencia recurrida en la valoración de la prueba sobre la información ofrecida a los clientes.

En el desarrollo del motivo, argumentan que lo relevante para valorar el cumplimiento de la obligación de información es el momento de dar la orden de compra del producto financiero y no el posterior correspondiente a la ejecución de la misma.

7. El motivo debe ser desestimado. Los recurrentes, plantean una cuestión de índole sustantiva, ajena a la naturaleza y función de este recurso extraordinario (art. 473.2.1 LEC, en relación con el art. 469.1 LEC).

8. En el motivo cuarto los recurrentes, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, denuncian la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) producida por el error patente y manifiesta irrazonabilidad en la que incurre la valoración de la sentencia en la valoración de la prueba pericial, con infracción del art. 348 LEC y de los arts. 385, 386 y 217 del mismo cuerpo legal.

En el desarrollo del motivo, argumentan que la sentencia recurrida se aparta de la lógica al descartar las conclusiones de una pericial sobre el posible cobro de comisiones implícitas por la entidad bancaria.

9. El motivo debe ser desestimado. Los recurrentes encabezan el motivo de forma incorrecta con la acumulación y cita de preceptos heterogéneos que, en su caso, deben ser formulados en distintos motivos (valoración del dictamen pericial, presunciones y carga de la prueba).

10. Por último, en el motivo quinto, los recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, denuncian la vulneración de las normas que rigen los actos y garantías del proceso con infracción del art. 412 LEC.

En el desarrollo del motivo argumentan que la parte demandada en su recurso de apelación introdujo una alegación sobre las comisiones implícitas de la entidad bancaria no planteada en el escrito de contestación a la demanda.

11. El motivo debe ser desestimado por carencia de fundamento. Aparte de la falta de identificación concreta de la indefensión material producida, la parte recurrida, en la sustanciación de la primera instancia, se opuso a la pretensión de la recurrente relativa a la devolución de las comisiones ilícitamente cobradas; extremo que también fue objeto del trámite de conclusiones y que posteriormente reprodujo en su recurso de apelación.

Recurso de casación

**TERCERO.-** Contratos de inversión de productos financieros complejos (Bonos estructurados).

1. Los recurrentes, al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 LEC, interponen recurso de casación que articulan en seis motivos.

2. En el primer motivo, los recurrentes denuncian la infracción del art. 6.3 CC en relación con la jurisprudencia de esta sala contenida en las SSTS 834/2009, de 22 de diciembre, 595/2011, de 20 de julio y 718/2014, de 15 de diciembre.



En el desarrollo del motivo argumentan que al incumplimiento de los deberes de información que incumben a las entidades financieras le es aplicable la sanción de nulidad absoluta por violación de norma imperativa (6.3 CC), y no la de mera anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento.

**3.** El motivo debe ser desestimado. Como hemos declarado en las sentencias 716/2014, de 15 diciembre , y 323/2015, de 30 de junio , que de acuerdo con la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L:

"la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba 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 de los deberes de información impuestos por el art. 79. bis Ley del Mercado de Valores , al amparo del art. 6.3 del Código Civil . Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79. bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 . bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" ( art. 99.2. bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas ( art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores ). Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera 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 considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato".

Esta doctrina se ha reiterado con posterioridad, en sentencias como las 549/2015, de 22 de octubre , y 154/2016, de 11 de marzo . En consecuencia, el motivo debe ser desestimado al sustentar un planteamiento contrario a la jurisprudencia de esta sala.

**4.** En el motivo segundo, los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC con relación a la existencia del error vicio en el consentimiento prestado, con cita de la sentencia de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015 .

En línea con lo anterior, en el motivo tercero los recurrentes denuncian la infracción del art. 79.1 LMV y de los arts. 4.1 y 5.1 del anexo al RD 629/1993, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, con relación a la jurisprudencia de esta sala contenida en las SSTS 244/2013, de 18 de abril y 754/2014, de 30 de diciembre .

En el desarrollo de los motivos argumentan que la entidad bancaria recomendó, sin la información requerida, productos no ajustados al perfil de los clientes provocando el error vicio del consentimiento prestado.

**5.** Dada la conexión de ambos motivos, se procede a su examen conjunto.

**6.** Los motivos deben ser desestimados. Como ya se ha destacado los demandantes no interpusieron recurso de apelación, ni impugnaron el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia en el que se declaraba la inexistencia de un error vicio en el consentimiento prestado por los clientes para la adquisición de los referidos bonos estructurados, de forma que dicho pronunciamiento quedó firme, sin que pueda plantearse de nuevo en este recurso de casación.

**7.** En el motivo cuarto, los recurrentes denuncian la infracción del art. 79.1 e) LMV, de la Norma 13.ª de la Circular 1/1996, de 27 de marzo, de La CNMV, y del art. 79 bis.1 LMV, en cuanto a la negligencia de la entidad financiera en el cumplimiento de obligaciones de seguimiento de la posición de los clientes.

En línea con lo anterior, en el motivo quinto los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 1101 , 1103 y 1104 CC en relación con la jurisprudencia de esta sala (SSTS 244/2013, de 18 de abril ; 754/2014, de 30 de diciembre y 460/2014, de 10 de septiembre ), en cuanto a la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de seguimiento de la posición de los clientes.

En el desarrollo de los motivos argumentan que dicha negligencia comporta una falta grave y esencial de los deberes profesionales de la entidad financiera que da lugar a la correspondiente indemnización.

Dada la conexión de ambos motivos se procede a su examen conjunto.

**8.** Los motivos deben ser desestimados. Los recurrentes no concretan los hechos o hitos determinantes a partir de los cuales la entidad financiera vendría obligada a advertir a los clientes de la posición de riesgo.





En todo caso, debe señalarse que no hay constancia o acreditación del incumplimiento grave de esta obligación postcontractual de seguimiento de la posición. Por el contrario, en el documento 42, aportado en el escrito de contestación a la demanda, los demandados acreditan la comunicación a los clientes de diversos informes de evaluación y valoración de cartera, así como de simulación de vencimiento actualizado de los productos.

Por último, en el desarrollo de los motivos, no se concreta la relación de causalidad de este incumplimiento con el daño o perjuicio causado, que se aborda de forma genérica y ambigua.

**9.** En el motivo sexto los recurrentes denuncian la infracción del art. 79.1 LMV, de los arts. 1 y 2 del anexo Real Decreto 629/1993 , y del art. 1258 CC , en relación con la jurisprudencia de esta sala (SSTS 240/2013, de 17 de abril ), en cuanto a la negligencia en el cumplimiento de la obligación de diversificación de las inversiones.

En el desarrollo del motivo, con carácter general, se argumenta que las demandadas han actuado con negligencia, con relación al principio de diversificación en la inversión recomendada, acentuando una situación de riesgo que era contraria al perfil de los clientes.

**10.** El motivo debe ser desestimado. Los recurrentes formulan este motivo con un claro sesgo retrospectivo del riesgo asumido, una vez conocido el resultado de la inversión realizada.

#### **CUARTO.- Depósitos y costas**

**1.** La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC .

**2.** Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición 15.ª LOPJ.

#### **FALLO**

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

**1.** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D. Martin , Buenaventura Corporativa S.L., D.ª Bernarda , D. Nazario , D. Nicolas y D.ª Alicia contra la sentencia dictada, con fecha 16 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.ª, en el rollo de apelación núm. 41/2015 .

**2.** Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente.

**3.** Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.