

Roj: **STS 642/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:642**Id Cendoj: **28079110012017100112**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/02/2017**Nº de Recurso: **1898/2014**Nº de Resolución: **112/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 116/2014 de 2 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 2275/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 58 de Madrid, sobre nulidad de contratos financieros y subsidiariamente, resolución de tales contratos. Los recursos fueron interpuestos por D. Juan Miguel, representado por la procuradora D.ª María Ángeles Galdiz de la Plaza y asistido por el letrado D. Manuel López Gil. Es parte recurrida Banco de Santander S.A., representado por la procuradora D.ª María Luisa Montero Correal y asistido por el letrado D. Agustín Capilla Casco.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª María de los Ángeles Galdiz de la Plaza, en nombre y representación de D.ª Lina y D. Juan Miguel, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Banif S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

« Se declare nulo el contrato de compraventa de **Bono** Cancelable ligado a las acciones de Repsol S.A. y Telefónica S.A. suscrito entre la Sra. Lina y Banco Banif S.A. fechado el 9 de julio de 2008, Código ISIN XS0372623669 (Documento nº 7) con efectos "ex nunc", y en consecuencia, se obligue a la demandada al abono de la suma de setenta mil euros (70.000,00) a la actora -más los intereses legales devengados desde el 9 de julio de 2.008- al ser debida la restitución del objeto del contrato, reintegrando así la posición originaria de mi mandante, anterior a la repetida fecha de 9 de julio de 2008.

» Subsidiariamente, se declare la resolución del citado contrato de compraventa de **Bono** Cancelable ligado a las acciones de Repsol S.A. y Telefónica S.A. suscrito entre la Sra. Lina y Banco Banif S.A., el 9 de julio de 2008, Código ISIN XS0372623669, (Documento nº 7) con efectos "ex nunc", y en consecuencia, se obligue a la demandada al abono de la suma de setenta mil euros (70.000,00) a la actora -más los intereses legales devengados desde el 9 de julio de 2008- al ser debida la restitución del objeto del contrato, reintegrando así la posición originaria de mi mandante, anterior a la repetida de fecha 9 de julio de 2008.

» - Se declaren nulos los siguientes contratos entre el Sr. Juan Miguel y Banco Banif S.A., con efectos "ex nunc".

» 1.- Contrato de compraventa de **Bono** Cancelable ligado a las acciones de Fortis y Total S.A.: fechado el 11 de marzo de 2008, Código ISIN XS0349261239 (Documento nº 4).

» 2. Contrato de crédito personal a tipo variable, distinguido con el número NUM000, reseñado en virtud de Póliza intervenida el día 11 de marzo de 2.008, por el Notario, Don Iñigo Casla Uriarte (Documento nº 6).



» En consecuencia de lo anterior, se obligue a la demandada al abono de la suma de sesenta y cinco mil euros (65.000,00) al actor -más los intereses legales devengados desde el 11 de marzo de 2008- al ser debida la restitución del objeto del contrato, reintegrando así la posición originaria de mi mandante, anterior a la repetida fecha de 11 de marzo de 2008; este importe resulta una vez compensados los importes recíprocos de los contratos de compra de **Bono** Cancelable y Crédito con Garantía Pignoratícia.

» Subsidiariamente se declare la resolución de los contratos expuestos, suscritos entre el Sr. Juan Miguel y Banco Banif S.A., con efectos "ex nunc", y se obligue a la demandada al abono de la suma de sesenta y cinco mil euros (65.000,00) al actor -más los intereses legales devengados desde el 11 de marzo de 2008- al ser debida la restitución del objeto del contrato, reintegrando así la posición originaria de mi mandante, anterior a la repetida fecha de 11 de marzo de 2008; este importe resulta una vez compensados los importes recíprocos de los contratos de compra de **Bono** Cancelable y Crédito con Garantía Pignoratícia.

» Del mismo modo, deberá ser condenada al pago de las costas del presente procedimiento, la parte demandada, Banco Banif, S.A. de conformidad con el art. 394 de la LEC».

2.- La demanda fue presentada el 25 de octubre de 2010 y repartida al Juzgado al Juzgado de Primera Instancia núm. 58 de Madrid y fue registrada con el núm. 2275/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Banif S.A., contestó a la demanda y solicitó su desestimación y la condena en costas de la parte actora.

Por auto de 27 de febrero de 2012 se acordó la estimación de carencia sobrevenida del objeto respecto de las peticiones formuladas por D.<sup>a</sup> Lina .

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 58 de Madrid, dictó sentencia de fecha 30 de julio de 2012, en la que desestimó la demanda, sin imposición de las costas causadas a la parte demandante.

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Juan Miguel . La representación de Banco Banif, S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 43/2013, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 116/2014 en fecha 2 de abril, que desestimó el recurso, confirmó la resolución recurrida con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> de los Ángeles Galdiz de la Plaza, en representación de D. Juan Miguel , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 de la LEC, por infracción del artículo 24 de la Constitución Española».

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2º en relación con los artículos 394 y 398 LEC, por vulneración de la motivación de la imposición de costas de la segunda instancia».

El único motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Al amparo del ordinal 3º del punto 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción de los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, de los apartados 6 y 7 del art. 79 de la Ley 24/1.998 de 24 de julio, de Mercado de Valores y la Jurisprudencia recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 840/2013 de 20 de enero de 2014».

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 21 de septiembre de 2016, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición .

3.- Banco Santander S.A., entidad absorbente de Banco Banif S.A., presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1.- En lo que interesa para la resolución de los recursos, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijadas en la instancia, consisten en que D. Juan Miguel celebró con la entidad Banif S.A. (hoy Banco Santander S.A., por lo que en lo sucesivo denominaremos a la demandada como Banco Santander), un contrato de compraventa de trece **bonos** canjeables ligados a las acciones de Fortis y Total el 11 de marzo de 2008. En esa misma fecha, celebró también con Banco Santander un contrato de préstamo personal a tipo variable y de constitución de prenda sobre diez de los trece **bonos** adquiridos.

Dichos contratos se celebraron por iniciativa de D. Juan Miguel, quien fue informado de la existencia de dicho producto financiero (el **bono** canjeable ligado a acciones de diversas compañías) y sus características por su hermano, que también se había interesado por este producto.

D. Juan Miguel perdió el dinero invertido en la compra de esos **bonos**, pues una de las empresas a cuyas acciones estaba ligado el **bono** fue intervenida, y dejó de abonar las cuotas del préstamo, por lo que la prenda fue ejecutada.

2.- D. Juan Miguel interpuso demanda contra Banco Santander. La demanda fue interpuesta junto con su madre, pero respecto de esta, que accionaba en relación con otro producto **estructurado**, se declaró la carencia sobrevinida de objeto de la acción ejercitada.

D. Juan Miguel solicitó en su demanda, con carácter principal, que se declarara la nulidad tanto del contrato de compraventa de los **bonos** canjeables como del contrato de préstamo suscrito para la adquisición de estos **bonos**, y, como consecuencia de ello, Banco Santander le restituyera sesenta y cinco mil euros más los intereses legales devengados desde el 11 de marzo de 2008, reintegrando así la posición originaria del demandante, anterior a la repetida fecha de 11 de marzo de 2008. Este importe resultaba de la compensación de los importes recíprocos de los contratos de compra de los **bonos** cancelables y del préstamo con garantía pignoratícia.

Las causas de nulidad invocadas en la demanda fueron la infracción de la normativa MiFID, reguladora de las obligaciones de información de las entidades financieras, pues la información suministrada por Banif, hoy Banco Santander, al adquirir el demandante los **bonos** solo contemplaba la posibilidad de obtener una importante rentabilidad, sin advertirle del riesgo que asumía ni de la posibilidad de venta anticipada de los productos; la existencia, por tal razón, de error vicio, de conformidad con los artículos 1261 y 1266 del Código Civil; la infracción del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y de la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; y la vulneración de la doctrina de los actos propios.

De modo subsidiario, D. Juan Miguel solicitó la resolución de esos contratos, con idénticas consecuencias restitutorias.

3.- El Juzgado de Primera Instancia consideró que no estaba probada la realización del test de idoneidad, pero que tal hecho resultaba irrelevante pues la normativa que desarrollaba la Directiva MiFID no era aplicable por no haber entrado en vigor cuando se celebró el contrato de compraventa de los **bonos**. Al valorar la información de la que disponía el demandante antes de suscribir el contrato, suministrada por su hermano, y las advertencias sobre el riesgo de pérdida del total de la inversión que se contenían en la propia orden de compra del producto, el juzgado excluyó la existencia de error en el consentimiento.

Por tales razones, la demanda fue plenamente desestimada, aunque no se condenó al demandante al pago de las costas.

4.- El demandante recurrió en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso e impuso las costas al apelante.

Aunque consideró que la normativa que trasponía a Derecho interno la Directiva MiFID sí estaba en vigor cuando se celebró el contrato, el tribunal de apelación llegó a una conclusión distinta de la alcanzada por el juzgado en cuanto a la realización del test de idoneidad. Valoró conjuntamente las declaraciones testimoniales de varios empleados del banco, así como la documentación bancaria en la que se recogían datos del demandante, que difícilmente podrían haber sido obtenidos si no se hubiera practicado dicho test, y que determinó la calificación del demandante como cliente minorista e inversor de perfil agresivo que aceptaba un mayor grado de riesgo de sus inversiones a cambio de una potencial rentabilidad superior. Por ello, concluyó que el demandante fue sometido al test de idoneidad por vía telefónica.



El tribunal de apelación consideró que la información que el demandante tenía sobre la naturaleza y riesgos del producto era suficiente, tanto por la información recibida de su hermano como por la que se contenía en la documentación informativa que le fue entregada por el banco. La sentencia de apelación transcribía la información de riesgos contenida en un documento suscrito por el demandante, en el que se advertía, con caracteres tipográficos resaltados, del riesgo elevado del producto pues podían producirse pérdidas en el dinero invertido al estar vinculado a la evolución de las acciones subyacentes, advirtiéndose expresamente de que la «pérdida [...] podrá ser total si la referencia final de la acción con peor comportamiento al vencimiento fuera igual a cero» (énfasis mediante el empleo de mayúsculas suprimido), que es lo que ocurrió al resultar intervenida Fortis.

La sentencia de apelación también consideraba que, a falta de indicación en contrario, el cliente podía disponer del certificado de inversión en la forma que tuviese por conveniente, y que incluso los empleados del banco le ofrecieron la reestructuración del **bono** mediante la sustitución de los productos subyacentes, a lo que el cliente se negó.

5.- El demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El recurso extraordinario por infracción procesal consta de dos motivos, si bien el primero tiene dos apartados claramente diferenciados. El recurso de casación se basa en un solo motivo.

6.- Banco Santander ha realizado extensas alegaciones destinadas a que se inadmitan los recursos. Tales alegaciones no pueden ser estimadas.

La sala fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso núm. 485/2012), asumido también en numerosas sentencias posteriores (351/2015, de 15 de junio, 550/2015, de 13 de octubre, 577/2015, de 5 de noviembre, y 188/2016, de 18 de marzo, entre otras muchas).

Los recursos interpuestos cumplen suficientemente los requisitos para ser admitidos (sin perjuicio de lo que proceda declarar sobre su estimación o desestimación) puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, las alegaciones de infracciones legales adecuadamente desarrolladas, y se ha expuesto cómo ve la parte recurrente el interés casacional.

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

**SEGUNDO.-** *Formulación del primer apartado del primer motivo.*

1.- El recurso extraordinario por infracción procesal tiene un primer motivo cuyo encabezamiento es:

«Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 de la LEC, por infracción del artículo 24 de la Constitución Española».

Aunque el motivo se inicia con una introducción común en la que se imputa a la sentencia recurrida haber realizado una valoración probatoria ilógica y arbitraria, con error patente y notorio, sin superar el test de racionalidad constitucionalmente exigible, en su desarrollo se exponen dos apartados que hacen referencia a infracciones completamente distintas que, por tanto, han de ser analizadas separadamente.

2.- El primer apartado se refiere a la apreciación que el tribunal de apelación ha hecho sobre la realización del test de idoneidad. La conclusión probatoria alcanzada por el tribunal de apelación (que Banif sometió al demandante a un test de idoneidad mediante una entrevista telefónica) es, según se alega, una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, pues el tribunal ha llegado a esa conclusión por las declaraciones de varios empleados de Banco Santander y por un documento falsario que el banco preparó acerca de la realización del test de idoneidad. Se estarían vulnerando de esta forma los apartados 5 a 8 del art. 79.bis de la Ley 47/2007 y la jurisprudencia emanada de la sentencia 840/2013 de esta sala, que exige la máxima protección para el cliente minorista.

**TERCERO.-** *Decisión de la sala. En el recurso extraordinario por infracción procesal no puede impugnarse la valoración de la prueba ni la valoración jurídica de los hechos.*

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, 211/2009, de 26 de noviembre, 25/2012, de 27 de febrero, 167/2014, de 22 de octubre, y 152/2015, de 6 de julio, el Tribunal Constitucional destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las



resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración».

Asimismo, en la mencionada sentencia 55/2001, de 26 de febrero, el Tribunal Constitucional identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

2.- A su vez, en las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 235/2016, de 8 de abril, 303/2016, de 9 de mayo, y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos 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 e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- El tribunal de apelación ha realizado una valoración conjunta, suficientemente razonada, de varios elementos probatorios. El recurrente no está de acuerdo con esa valoración. Puede discutirse si la valoración es o no la más acertada, pero esa discusión, que sería posible en un recurso de apelación, no lo es en el recurso extraordinario por infracción procesal, por las razones expuestas en los anteriores párrafos.

No cabe, acudiendo a la descalificación de los testigos y a la acusación de "falsario" de un documento (sin que se hayan aportado elementos que permitan considerar fundada tal acusación, y menos aún se haya denunciado la falsedad ante los tribunales penales), convertir el recurso extraordinario por infracción procesal en una nueva instancia que revise la valoración de la prueba.

Tampoco es posible que mediante el recurso extraordinario por infracción procesal se revisen las valoraciones jurídicas que el tribunal de apelación ha hecho con base en los hechos acreditados, ni la vulneración de las normas sustantivas aplicables para resolver el litigio.

**CUARTO.-** *Formulación del segundo apartado del primer motivo.*

1.- El segundo apartado del primer motivo, también por el cauce del apartado 4º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 24 de la Constitución al haberse realizado una valoración probatoria ilógica y arbitraria, impugna la conclusión del tribunal de apelación de que pese a no informarse al demandante de la liquidez del producto, la información suministrada por el banco fue suficiente.

2.- Alega el recurrente que tal conclusión es contraria a la lógica más elemental, al considerar el tribunal de apelación que el recurrente debería conocer tal extremo.

**QUINTO.-** *Decisión de la sala. Desestimación del motivo.*

Como se ha expresado anteriormente, no es posible que bajo la invocación de la existencia de una valoración irracional de la prueba, con error patente y notorio, se impugnen las valoraciones jurídicas de los hechos acreditados, y eso es justamente lo que hace el recurrente en este motivo, pues la valoración sobre si una determinada información es o no suficiente conforme a los parámetros normativos establecidos en la legislación de desarrollo de la Directiva MiFID es de naturaleza jurídica, no fáctica.

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

1.- El segundo motivo se encabeza así:

«Al amparo del artículo 469.1.2º en relación con los artículos 394 y 398 LEC, por vulneración de la motivación de la imposición de costas de la segunda instancia».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción consiste en que se hayan impuesto las costas del recurso de apelación al apelante en aplicación del art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin motivar las razones de su imposición, cuando en el caso es clara y manifiesta la existencia de serias dudas de hecho y de derecho.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la sala. Improcedencia de impugnar los pronunciamientos sobre costas en el recurso extraordinario.*

1.- Esta sala ha declarado que la infracción de las normas sobre imposición de costas no puede ser alegada en el recurso extraordinario por infracción procesal ( sentencias 732/2008, de 17 julio, 4/2010, de 10 de febrero,



358/2011, de 6 de junio, 423/2012 de 28 junio, 557/2012, de 1 de octubre, y 40/2015, de 4 febrero, entre otras muchas resoluciones).

Se trata de una doctrina consolidada de la sala. No todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que es imprescindible que la vulneración de la norma procesal tenga encaje en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no sucede con las normas relativas a imposición de costas. Mientras que el recurso de casación puede fundarse en cualquier infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, el recurso extraordinario por infracción procesal solo puede basarse en alguna de las infracciones procesales previstas en la relación tasada del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta regla solo se exceptiona en los supuestos en que se afecte al derecho fundamental a la tutela efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española por incurrir en error patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad, lo que no es el caso, puesto que el tribunal de apelación ha utilizado el criterio previsto con carácter general para los casos de desestimación plena del recurso. Fuera de estos supuestos, el pronunciamiento sobre costas pertenece al campo de la legalidad ordinaria, por lo que no puede infringir el art. 24 de la Constitución que se invoca para intentar incluir la impugnación en el ámbito del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen, como criterio general en materia de costas, el principio del vencimiento total, inspirado, como recuerdan las sentencias núm. 597/2006 de 9 junio, 715/2014, de 16 de diciembre, y 40/2015, de 4 febrero, en la regla de que «la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien la tiene». Solo excepcionalmente, en caso de que el tribunal aprecie la concurrencia de «serias dudas de hecho o de derecho», puede no hacer expresa imposición de las costas.

Por tanto, habiendo sido desestimado el recurso de apelación, la consecuencia natural era la imposición de las costas al recurrente en apelación, y solo muy excepcionalmente, si concurrieran a juicio del tribunal sentenciador serias dudas de hecho o de derecho, procedía hacer un pronunciamiento que no impusiera las costas a ninguna de las partes.

3.- En línea con lo expuesto, esta sala ha excluido por lo general la posibilidad de controlar mediante el recurso extraordinario por infracción procesal la condena en costas en caso de vencimiento pleno, por estimación o desestimación total de la demanda, o por desestimación total del recurso. En este sentido, la sentencia núm. 732/2008, de 17 de julio, declaró, y la 40/2015, de 4 febrero reiteró, lo siguiente:

«[...] esta Sala viene declarando reiteradamente, en relación al principio de vencimiento objetivo, que quedan al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de circunstancias que sirven de excepción a dicha regla, del mismo modo que su no apreciación queda exceptuada del recurso, siendo en uno y en otro caso función de los tribunales de instancia, ajena al ámbito de la casación, no teniendo los mismos obligación de ejercer, ni de motivar por qué no ejercen tal facultad. Así se declara en Sentencia de 11 de mayo de 2007 (rec. núm. 4225/2000), que cita las Sentencias de 20 de abril de 1997, en recurso 1766/93, 1 de octubre de 1997, en recurso 2427/93, 24 de noviembre de 1998, en recurso 1979/94, y 20 de septiembre de 2000, en recurso 2948/95».

#### **Recurso de casación.**

**OCTAVO.-** *Formulación del único motivo del recurso de casación.*

1.- El único motivo del recurso de casación se formula con este encabezamiento:

«Al amparo del ordinal 3º del punto 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción de los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, de los apartados 6 y 7 del art. 79 de la Ley 24/1.998 de 24 de julio, de Mercado de Valores y la Jurisprudencia recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 840/2013 de 20 de enero de 2014».

2.- En el motivo, después de transcribir los preceptos mencionados en el encabezamiento y parte de la sentencia invocada, se afirma que la falta de realización del test de idoneidad hace presumir la existencia de error vicio en el consentimiento, lo que se vería confirmado por la afirmación de la sentencia recurrida de que la información sobre el producto adquirido fue suministrada al demandante por su hermano y no por la entidad financiera.

**NOVENO.-** *Decisión de la sala. Desestimación del motivo.*

1.- El recurso de casación de casación se funda en dos premisas de hecho incorrectas y en una premisa de Derecho también incorrecta.



Las premisas de hecho serían la no realización del test de idoneidad al demandante y que la información sobre el producto adquirido fue suministrada al demandante por su hermano y no por la entidad financiera.

La primera contradice lo afirmado por el tribunal de apelación. Una vez que se ha desestimado el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que intentaba modificar esta premisa fáctica, tampoco puede estimarse el argumento como base del recurso de casación.

La segunda premisa de hecho desconoce también lo declarado por la sentencia de apelación, que efectivamente declara que el hermano del demandante le informó sobre las características del producto financiero contratado, pero también afirma que el banco le suministró información por escrito en la que se le advertía de los serios riesgos del producto, que se justificaban por la posibilidad de importantes ganancias, como las que efectivamente obtuvo otro familiar con un **bono estructurado** vendido por Banif ligado a las acciones de Repsol y Telefónica.

2.- La premisa de Derecho que es desconocida en el recurso consiste en que lo relevante para decidir en estos casos si ha existido error que vicie el consentimiento no es que la información haya sido suministrada al cliente por el banco, sino que el cliente tenga la información que excluya la existencia del error. Esto último puede ocurrir porque el cliente haya obtenido por su cuenta la información o porque se la haya suministrado un tercero, que en este caso sería su hermano.

Por tanto, incluso aunque hubiera sido cierto que el banco no cumplió adecuadamente las obligaciones de información que le impone la normativa MiFID, si esa información llegó al cliente por otra vía, no concurriría error invalidante del consentimiento.

**DÉCIMO.- 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 la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## FALLO

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

1.º- Desestimar de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Juan Miguel, contra la sentencia núm. 116/2014 de 2 de abril, dictada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 43/2013. 2.º- Imponer al recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.