

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 467/2015

Fecha Sentencia: 21/07/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N°: 2787/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 15/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. MADRID

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Escrito por: RSJ

Nota:

Contrato de asesoramiento financiero y orden de movilización de valores, en el curso del cual se adquirió, a instancia del cliente, un "bono estructurado Digital Tarn 12%". La normativa aplicable es la anterior a la trasposición de la Directiva MiFID. La calificación del cliente de inversor profesional no supone aplicar la normativa posterior sino tener en cuenta una realidad (el conocimiento y afinidad del cliente con los productos financieros) relevante para juzgar sobre el error vicio. Sin perjuicio de la dificultad que al tiempo de concertar el contrato entrañaban las previsiones de quiebra y liquidación de entidades financieras que hasta hacía poco habían recibido una calificación de gran solvencia por parte de las agencias, no existió por la demandada ningún incumplimiento de las reseñadas obligaciones derivadas del contrato de asesoramiento financiero, por cuanto el cliente fue informado de los concretos riesgos derivados de la contratación de estos bonos, entre los que se incluía la insolvencia de la entidad emisora.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2787/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo

Votación y Fallo: 15/07/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N.º: 467/2015

Excmos. Sres.:

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad _____ representada por la procuradora Blanca M. Grande Pesquero.

Es parte recurrida las entidad Bankia S.A. y Bankia Banca Privada S.A. (antes Altae Banco S.L. y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), representadas por el procurador Francisco José Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Blanca Grande Pesquero, en representación de la entidad interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, contra las entidades Altae Banco S.A. y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, para que se dictase sentencia:

"por la cual se declare lo siguiente:

1) Que Altae nunca llegó a completar la orden de compra de valores dada por mi mandante mediante la anotación de los valores a su nombre, por lo que ni la demandada culminó la comisión mercantil encomendada por mi representada ni mi representada han llegado a ser verdadero titular de los instrumentos financieros Digital Tarn emitidos por Landsbanki objeto de este pleito. Consiguientemente se condene Altae y a Caja Madrid solidariamente a indemnizar a mi mandante con 19.250.000 € más los intereses generados por la póliza de crédito de 19.250.000 € desde el 15 de mayo de 2007 (fecha de contratación verbal) hasta ejecución de la sentencia menos los rendimientos del bono Digital Tarn.

Asimismo simultáneamente que se declare que Caja Madrid y Altae han sido negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionistas prestadores de servicios de inversión en una venta asesorada de valores en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda por lo que deberán indemnizar a mi mandante solidariamente por las malas prácticas descritas en el cuerpo de este escrito en la suma equivalente a las expectativas frustradas de obtener 6.000.000 € de los Productos Altae que se liquidará en ejecución de sentencia

sobre la base de restar y sumar a la indicada cantidad los rendimientos y costes financieros desde 2005 y hasta ejecución de sentencia no contemplado en el párrafo anterior del presente suplico.

2) Subsidiariamente que se declare la nulidad de toda la operación de financiación e inversión recomendada por Caja Madrid, y por tanto de la financiación inicial de 19.250.000 € como de las sucesivas adquisiciones y sustituciones de Productos Altae aconsejado por los demandados e indemnización a mi mandante con la legítima expectativa ofrecida de forma incondicional por D.

de obtener unos rendimientos de 6.000.000 € a través de "Productos Altae". La nulidad así postulada comporta desde el punto de vista económico que se condene a Caja Madrid y Altae solidariamente a indemnizar a mi mandante con 25.250.000 € menos los rendimientos recibidos por todos los Productos Altae más todos los intereses y comisiones y costes financieros abonados por en relación a la financiación de los indicados 25.250.000€ y los que abone hasta la ejecución de sentencia.

3) Subsidiariamente que se declare la nulidad de la última colocación de "Productos Altae", esto es del bono Digital Tarn emitido por Landsbanki. Si se considera que las malas prácticas, aunque proviniendo del inicio de la operación, solo afectan a la última colocación de bonos, los efectos económicos deberían retrotraerse al 15 de mayo de 2007 (fecha de adquisición verbal del bono). Por tanto solicitamos que se condene solidariamente a Caja Madrid y Altae a reponer los 19.250.000 € menos los rendimientos del bono Digital Tarn (1.150.000 €) más los intereses abonados por por la póliza de crédito de 19.250.000 € desde la indicada fecha 15 de mayo de 2007 y hasta la ejecución de sentencia.

4) Subsidiariamente a la nulidad contractual, en esta demanda se ejercita la acción de resolución contractual "ex tunc" por

incumplimiento de obligaciones contractuales y legales de la última colocación de "Productos Altae", esto es del bono Digital Tarn emitido por Landsbanki, con los mismos efectos previstos en el anterior apartado 3) del suplico.

En los cuatro casos indicados anteriormente, por mor del incumplimiento del mandato, la nulidad o resolución de la última colocación Altae consolidaría su propiedad sobre los 185 bonos Digital Tarn emitidos por Landsbanki, pasando a ser plena propietaria de los mismos a todos los efectos.

5) Subsidiariamente que se declare que Altae y Caja Madrid han sido negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente y son responsables por no haber avisado en fecha 9 de enero de 2008 a la actora del progresivo deterioro de la solvencia del emisor, debiendo indemnizarle con el valor que mi mandante habría percibido de los bonos de haber podido decidir desprenderse de ellos y que se cuantifica en el 86,42 % de 19.250.000 € esto es 16.635.850 € a los que se restará el valor liquidativo, o en su defecto el valor razonable de los bonos a la fecha de ejecución de sentencia y se añadirán los intereses legales desde el 9 de enero de 2008.

6) Al pago de los intereses legales y procesales.

7) Al pago de las costas si las demandadas se opusieren a la presente demanda."

2. El procurador Francisco José Abajo Abril, en representación de la entidad Altae Banco S.A. y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"desestimando íntegramente la demanda y condenando en costas a la parte actora."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, dictó Sentencia con fecha 14 de diciembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: Desestimo la demanda formulada por la procuradora Blanca Grande Pesquero, en nombre y representación de
contra Altae Banco S.A. y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Cajamadrid), declaro no haber lugar a la misma y en su virtud absuelvo a las demandadas de los pedimentos contra ellas deducidos.*

Ello sin hacer expresa imposición de costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad

La resolución de este recurso correspondió a la sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 19 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español, la sección vigesimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, ha decidido:

*Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil
contra la sentencia dictada, en fecha catorce de diciembre de dos mil once, por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Madrid, en el proceso sustanciado por los trámites del Juicio Ordinario ante dicho Juzgado bajo el número de registro 1904/2010 (Rollo de Sala número 577/2012), y en su virtud,*

Primero.- Confirmar, en su totalidad, los pronunciamientos efectuados por la meritada sentencia apelada, consignados y sancionados en su Fallo o Parte Dispositiva.

*Segundo.- Condenar a la expresada entidad apelante,
al pago de las costas causadas en esta alzada.*

*Tercero.- Condenar, asimismo, a la mencionada recurrente
a la pérdida del depósito en su día constituido para
la interposición del recurso, al que se dará el destino legalmente
establecido."*

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

5. La procuradora Blanca Grande Pesquero, en representación de la entidad interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución.

2º) Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 de la Constitución."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores, introducido por el art. 50 de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, en relación con la Disposición Transitoria Primera de esta última Ley y el art. 2.3 del Código Civil.

2º) Infracción del art. 1726 del Código Civil, en relación con la infracción de los arts. 269 del Código de Comercio, relativo al contrato de comisión mercantil y 79.1 de la Ley del Mercado de Valores, redactado por la Ley 24/1988 de 28 de julio.

3º) Infracción del art. 1726 del Código Civil, en relación con la infracción de los arts. 1105 del Código Civil y la infracción del art. 269 del Código de Comercio relativo al contrato de comisión mercantil, del art. 79.1 de la Ley de Mercado de Valores redactado por la Ley 24/1988 de 28 de julio y de los arts. 5 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, 9 de la Orden del Ministerio de Economía

y Haciendo de 25 de octubre de 1995 y 2 y 4 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, que desarrolla el art. 79.1 de la Ley del Mercado de Valores."

6. Por providencia de fecha 3 de diciembre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente la entidad _____ representada por la procuradora Blanca M. Grande Pesquero; y como parte recurrida las entidades Bankia S.A. y Bankia Banca Privada S.A. (antes Altae Banco S.L. y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), representadas por el procurador Francisco José Abajo Abril.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 11 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR TANTO EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL COMO EL DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil _____ contra la Sentencia dictada, con fecha 19 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), en el rollo de apelación nº 577/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1904/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid."

9. Dado traslado, la representación procesal de las entidades Bankia S.A.U. y Bankia Banca Privada S.A.U., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de julio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **IGNACIO SANCHO GARGALLO**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

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

i) (en adelante,) es una sociedad cuyo objeto social era la compra, venta, alquiler y administración de bienes inmuebles, y su administrador era .

El 21 de marzo de 2005, concertó con Altae Banco, S.A. (en adelante, Altae) un contrato de asesoramiento financiero y de orden de movilización de valores, entre cuyas estipulaciones, por su interés para el pleito, destacan las siguientes:

«III. Contrato de Asesoramiento Financiero. Condiciones Generales

1.- Objeto del contrato.- Es objeto del presente contrato la prestación de servicios de asesoramiento financiero por parte de Altae al Cliente.

2.- Actividad de asesoramiento.- Altae asesorará al Cliente siempre que lo solicite, en orden a optimizar la rentabilidad financiero-fiscal de las inversiones integradas en sus Cuentas de Valores, Depósitos e Imposiciones a Plazo Fijo, Fondos de Inversión, seguros vinculados a activos o a fondos de inversión y otros instrumentos financieros e instrumentos del mercado monetario que no tengan la condición de valores negociables.

Asimismo, siempre que el Cliente lo solicite, Altae ponderando las circunstancias de los mercados, asesorará al Cliente sobre las decisiones de inversión (operaciones de compra, venta, suscripción o reembolso de valores, tanto nacionales como internacionales) que considere necesarias con el fin de conseguir la mayor rentabilidad del conjunto de valores, fondos y demás activos financieros que en cada momento integren su patrimonio en Altae. En particular, Altae ofrecerá asesoramiento constante al Cliente sobre la aparición en el

mercado de nuevos productos financieros comercializados por el Banco y que pudieran ser de su interés.

4.- Normas de conducta.- Altae observará, en el desarrollo de la actividad de los servicios contemplados en este contrato, las normas y códigos de conducta previstos en la Ley del Mercado de Valores, en las normas de desarrollo de ésta y en los reglamentos internos de Altae.

5.- Retribución.- Altae percibirá por el desarrollo de la actividad contemplada en este contrato, y en general por los servicios que preste con arreglo al mismo, las tarifas y comisiones que tenga establecidas. Asimismo, repercutirá al Cliente las comisiones por las diferentes operaciones realizadas así como los gastos y suplidos que se generen por razón de tales gestiones y servicios. El cobro de todos estos conceptos se efectuará mediante cargo en la Cuenta Corriente de Gestión.

IV. Orden de Movilización de Valores

1.- Valores y Activos Financieros.- El Cliente manifiesta ser propietario de los valores, seguros, fondos y demás activos financieros que se relacionen en el Anexo de este contrato, que moviliza a Altae y domicilia en la misma como entidad encargada del depósito y administración de sus valores, relación que se regulará según el Contrato tipo de Depósito y/o Administración de Valores, así como entidad encargada de la comercialización y gestión del resto de activos financieros y fondos. Los valores, seguros, activos financieros y fondos relacionados en el Anexo podrán variar como consecuencia de nuevas aportaciones, retirada de valores, por efecto de compras, ventas, suscripciones, reembolsos, amortizaciones y cualquier otro tipo de operación que pudiera realizar el cliente con los mismos.

2.- Formulación de Órdenes.- Las órdenes de compra, venta, suscripción, reembolso, anotación o depósito de los valores, fondos, seguros y demás activos financieros a que se refiere la condición anterior, serán formuladas por el cliente por escrito o telefónicamente con la debida claridad y precisión en cuanto a su alcance y sentido. Las órdenes transmitidas por el Cliente serán ejecutadas por Altae dentro de los plazos que en ellas se indiquen o con la mayor celeridad posible. Altae podrá admitir órdenes impartidas por fax, e incluso por teléfono, autorizando en este último caso el cliente la grabación y conservación de todas las comunicaciones y admitiéndolas como pruebas validas. Altae se reserva el derecho, por motivos legales o de seguridad, a exigir la confirmación previa y por escrito de las instrucciones emitidas por el cliente. En todo caso, las órdenes e instrucciones del Cliente deberán ser claras y precisas. Altae sólo aceptará tales órdenes si quien las formula se identifica plenamente a satisfacción de Altae.»

ii) Ese mismo día, el 21 de marzo de 2005, las partes firmaron un contrato de depósito y administración de valores, en el que destacan las siguientes cláusulas:

«2.-Objeto: El objeto de este acuerdo es la prestación por ALTAE del servicio de depósito administrado de valores si están representados por títulos físicos o administración de valores si están representados en anotaciones en cuenta, comprendiendo tanto los valores presentes como los que en el futuro se incorporen. En consecuencia, este acuerdo no supone asesoramiento o gestión respecto de la cartera de valores del/los Titular/es. Los títulos físicos, cuando existan, serán custodiados en la Cartera de Valores de ALTAE. El/los Titular/es son informados y aceptan expresamente que ALTAE subdeposite, a nombre y por cuenta del/ de los mismo/s, los títulos o valores encomendados en otra Entidad, si bien, ALTAE, responderá frente al/los Titular/es como consecuencia del subdepósito efectuado.

En relación con los valores objeto del presente contrato, ALTAE realizará todos aquellos actos y operaciones ordenados por el/los Titular/es. No obstante lo anterior, ALTAE, sin necesidad de instrucciones expresas del/los Titular/es, realizará en su nombre y por su cuenta todos aquellos actos y operaciones incluidos dentro del funcionamiento habitual de un depósito administrado de valores. Entre estas operaciones, y a título meramente enunciativo, ALTAE se ocupará de cobrar dividendos, intereses y cupones, comprobar las numeraciones de los sorteos de amortización, comunicar al/los Titular/es el posible ejercicio de los derechos de suscripción preferente y las posibles conversiones o canjes, pagar los dividendos pasivos correspondientes previa provisión de fondos a tal fin y, en general, practicar cuantos actos y gestiones sean necesarios para que los valores conserven los derechos que les corresponda, así como tramitar la inscripción, en el registro contable correspondiente, de los valores representados en anotaciones en cuenta. El/los Titular/es otorga/n a favor del Banco, las autorizaciones necesarias para la realización de los actos de administración precisos a las finalidades anteriormente expresadas, incluso frente a cualquier tipo de entidades gestoras de registros contables o emisoras de valores. ALTAE podrá recabar del/los Titular/es la correspondiente autorización expresa y escrita al efecto cuanto fuera necesario.

5.- Comisiones y Gastos: El depósito o administración de los valores, cualquiera que sea su materialización, devengará a favor de ALTAE la comisión por los conceptos de depósito y administración que se determine en cada momento y que consistirá, con carácter general, en un tanto por ciento sobre el importe nominal de los valores depositados o administrados, con percepción por semestre o fracción, exceptuando los valores de la Deuda Pública materializados en

anotaciones en cuenta en la Central de Anotaciones del Banco de España, que no estarán sujetos a dicha comisión. Todo ello de acuerdo al Libro de Tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a clientes que tenga establecidas y publicadas ALTAE, quedando ésta obligada a comunicar al/los Titular/es las modificaciones de las tarifas, indicando el plazo de su entrada en vigor, que no podrá ser inferior a dos meses desde la fecha de su recepción por aquél. La comisión por depósito o administración, citada en el párrafo anterior, será independiente de las comisiones específicas que se cobren por cada tipo de operación realizada por cuenta del/los Titulares, ya sea mediante orden directa de éste/os o derivada de las operaciones de cobro de dividendos o intereses, amortizaciones, devoluciones de capital u otros reembolsos. Todo ello de acuerdo al Libro de Tarifas citado en el párrafo anterior, así como los corretajes, gastos y suplidos en que se incurra por cuenta del/los Titular/es. En este acto se hace entrega al/los Titular/es de un ejemplar del presente contrato, así como de un ejemplar de las hojas del Libro de Tarifas de Comisiones vigente en el momento de formalización, que contiene las comisiones, gastos, plazos máximos de puesta a disposición de valores y fondos y normas de valoración aplicables a las operaciones que se realicen en la cuenta de conformidad con la normativa legal vigente al respecto.

6.- Liquidaciones y Extractos: ALTAE remitirá al/los Titular/es las liquidaciones de las respectivas operaciones dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en que se produzcan. Los extractos de Cuenta de Valores serán remitidos cada vez que se efectúe un movimiento que altere su saldo anterior y, en cualquier caso, con periodicidad anual. La Información más significativa contenida en los mismos será la siguiente. Código de cuenta de valores, titularidad de la cuenta de valores, denominación de la clase de valor, movimiento efectuado, clave de movimiento, saldo actual y valoración al último precio publicado a la fecha de emisión del extracto para los valores con cotización oficial. Los valores no cotizados se valorarán por su nominal. El último extracto refleja la realidad vigente en esa fecha, sustituyendo y anulando los extractos anteriores. El contrato y el extracto de Cuentas de Valores son nominativos e intransferibles. El/los Titular/es se compromete/n a dar conformidad o formular reparos a los extractos y liquidaciones que le envíe ALTAE en el plazo de quince días naturales desde la fecha de aquellos, entendiéndose, en otro caso, que presta/n su conformidad a unos y otras.

7.- Órdenes e Instrucciones: Para adquirir o disponer de los valores total o parcialmente, o efectuar cualquier clase de operación con los mismos será necesario cursar la orden por escrito, debidamente firmada por el/los Titular/es, según las condiciones de la cuenta de valores, pudiendo exigir ALTAE los conocimientos y comprobaciones de firmas que considere jurídicamente precisos.

No obstante lo anterior, ALTAE podrá admitir instrucciones impartidas por fax, teléfono o cualquier otro sistema telemático. En estos casos, el/los Titular/es autoriza/n la grabación y conservación de todas las comunicaciones, admitiéndolas como pruebas validas. ALTAE se reserva el derecho, por motivos legales o de seguridad, a exigir la confirmación previa y por escrito de las instrucciones emitidas por el/los Titular/es. En todo caso, las órdenes e instrucciones del/los Titular/es deberán ser claras y precisas y se entenderán confirmadas, si el/los Titular/es no manifiesta/n su disconformidad dentro del plazo establecido en el último párrafo del artículo anterior. Las operaciones financieras o no, que sean anunciadas por las sociedades emisoras de los valores depositados o administrados que confieran derechos preferentes a su/s Titular/es o requieran su conformidad, serán comunicadas por ALTAE, por escrito, estableciendo un plazo para su respuesta, cuya amplitud estará en función del determinado por las Entidades emisoras o las Entidades agentes designadas por éstas, en las respectivas operaciones. Las instrucciones del/los Titular/es serán atendidas siempre que sean recibidas dentro del plazo fijado por ALTAE y previa provisión de fondos si procediese. En los casos de no recibir respuesta, se tomará la decisión que más convenga a los intereses del/los Titular/es, acorde con las normas de conducta que establezca la legislación vigente.

No obstante, la diligencia que ALTAE pondrá para cumplimentar las ordenes del/los Titular/es, y para que los valores amparados por era cuenta conserven el valor y los derechos que les correspondan, declina toda responsabilidad sobre los perjuicios que pudieran originarse en el retraso en la comunicación o cumplimentación de las ordenes del/los Titular/es o ejercicio de los derechos, debidos a cualquier causa de fuerza mayor ajena a su voluntad y/o caso fortuito.»

iii) El 30 de junio de 2005, dirigió una orden de compra a Altae de un "bono corporativo estructurado" emitido por la entidad BNP (ISIN XS0224056910), por nominal de 7.650.000,00 €.

Con posterioridad, el 29 de diciembre de 2005, adquirió por medio de Altea unos bonos estructurados de renta fija emitidos por la entidad Credit Suisse, (ISIN nº XS023221420) por importe de 11.600.000,00 euros. Y el 10 de agosto de 2006, otros bonos estructurados de renta fija emitidos por la entidad Credit Suisse, (ISIN nº XS0262763658) por importe de 19.250.000,00 euros.

iv) El 21 de julio de 2005, suscribió con Cajamadrid una póliza de crédito en cuenta corriente (póliza núm. 8.972.030/33) por importe 19.250.000,00 € y en la que se incluye una cláusula, la 11ª de "constitución de

derecho real de prenda", cuyo objeto son 153 bonos corporativos, (estructurados a renta fija) emitidos por BNP Paribas, (BNP), con código ISIN XS0224056910 e importe nominal 7.650.000,00 €.

En un anexo de esta póliza, suscrito el 29 de diciembre de 2005, se constituyó un derecho real de prenda a favor de la entidad financiera sobre los bonos estructurados de renta fija emitidos por la entidad Credit Suisse, (ISIN nº XS023221420) por importe de 11.600.000,00 €.

En otro anexo de la misma póliza de crédito en cuenta corriente, suscrito el 10 de agosto de 2006, se constituyó derecho real de prenda a favor de Cajamadrid sobre los bonos estructurados de renta fija emitidos por la entidad Credit Suisse, (ISIN nº XS0262763658) por importe de 19.250.000,00 €.

El 25 de septiembre de 2006, concertó con Caja Madrid un contrato de crédito en cuenta corriente (póliza núm. 9.793.330/34), con la fianza solidaria de y por un importe 2.000.000,00 € y en el que se vuelve a constituir derecho real de prenda a favor de Cajamadrid esta vez sobre los derechos de crédito que a favor de existían procedentes de los rendimientos, intereses o frutos de los 385 bonos corporativos (estructurados de renta fija) emitidos por Credit Suisse First Boston (ISIN nº XS0262763658), por importe de 19.250.000,00 €, además de sobre otros derechos de crédito derivados del arrendamiento de un local de negocio a un tercero.

v) percibió como rendimiento de sus inversiones en bonos BNP la cantidad de 587.061 euros, y de sus inversiones en bonos Credit Suisse First Boston las cantidades de 565.500 euros y 962.500 euros.

vi) El 5 de junio de 2007, dirigió una orden de compra a Altae para la contratación del "bono estructurado Digital Tarn 12 % Mayo 2007", que, por su trascendencia en el litigio, transcribimos literalmente:

«Estimados señores,

Como contestación a la información suministrada por Vds. sobre las características del bono estructurado DIGITAL TARN 12% MAYO 2007, les comunico lo siguiente:

Hace unas semanas transmití a esa Entidad mi interés por orientar mis inversiones hacia estructuras financieras de estrategia y gestión alternativas más sofisticadas, solicitando me informaran de productos financieros de esta naturaleza adaptados a mis objetivos de inversión.

De acuerdo a mi petición, ALTAE BANCO, S.A., entre otras propuestas, me ha facilitado la información que se detalla a continuación, referida al bono estructurado DIGITAL TARN 12% MAYO 2007:

Descripción:

Emisor: Landsbanki Islands HF

Rating Emisor: Aa3 (Moody's) /A (Fitch)

Índice: Euribor 3 meses

Emisión: 6 de junio de 2007

Vencimiento: 6 de junio de 2017, salvo amortización anticipada

Cupón:

Año 1: 6,00 % pagadero trimestralmente

*Año 2: 6,00 % * N/M que el Euríbor 3M esté comprendido dentro del rango (2,30 % - 4,70 %) (barreras incluidas)*

Donde Euribor 3 meses: Euribor para el plazo de tres meses, fijado 2 días laborables anteriores al inicio del período y tomado de la página de Reuters: Euribor 01 a las 11:00 AM, (Frankfurt)

N: Número de días para los que el Euribor 3M esté comprendido dentro del rango.

M: Número de días totales del período

Fechas pago cupón: Trimestrales

Base de cálculo: [39/360], [unadjusted]

Nominal unitario: 50.000,00 EUR

Supuestos de Cancelación Anticipada:

Amortización anticipada: En cada cupón a partir del 8º cupón, (non call 2 años)

Cláusula Tarn: El bono se cancelará automáticamente cuando el sumatorio de los cupones recibidos por el inversor sea mayor o igual a 12 %. En caso de que estos cupones acumulados sean superiores a 12 % el inversor recibirá como máximo la diferencia hasta el 12 %. En caso de no haber acumulado el 12 % el 11 de mayo del 2016 el último cupón será la diferencia entre el 12 % y el sumatorio de los cupones acumulados.

Análisis de Escenarios, (Información elaborada para Altae por Grupo Análisis)

Dado un importe nominal o denominación de 50.000 € por cada nota, se plantean diferentes escenarios que se pasan a detallar a continuación:

*1. Mejor escenario: El Euribor a 3 meses se mantiene a partir del trimestre 5 en adelante todos los días del calendario en cada período trimestral de interés, (teniendo en cuenta que el período trimestral de interés estará comprendido entre, e incluyendo, el día que cae 2 días hábiles antes de una fecha de pago de cupón hasta, e incluyendo, el día que cae 3 días hábiles antes de la siguiente fecha de pago del cupón. Para días no hábiles de negociación se considerará el día hábil anterior. Las fechas de pago de cupones serán el 06-Jun, 06-sep, 06-dic, 06-mar, comenzando por el 06/09/07) en el rango 2,30 % - 4,70 %, (ambos inclusive). Se reciben durante los dos primeros años 8 cupones trimestrales del 6 % anual, (el cliente recibirá un cupón del 6 % * CE= 1,5 % trimestral) con lo que la nota sumará el máximo de cupones, (12 %) al cabo de los dos años y se amortizará automáticamente en el octavo cupón, devolviendo el 100% del nominal. (sigue un ejemplo sobre una inversión nominal de 100.000,00 €)*

2. Escenario Intermedio: El Euribor 3 meses se sitúa cada uno de los trimestres posteriores al cuarto trimestre la mitad de los días dentro del rango, (2,30 % - 4,70 %) y la otra mitad fuera. Se reciben los cuatro primeros cupones trimestrales del 6 % anual, y después cupones trimestrales del 3 % anual, $[(N/M) \times 6 \% = 50 \% \times 6 \% = 3 \%$, siendo N el número de días de calendario en cada período de interés en que el Euribor 3 meses esté dentro del rango, (2,30 % - 4,70 %), y M el número de días de calendario de cada período de interés] de forma que la nota acaba sumando el máximo de cupones (12 %) al tercer año, amortizando automáticamente en ese momento y por tanto devolviendo entonces el 100% del nominal. (sigue un ejemplo sobre una inversión nominal de 100.000,00 €)

3. Peor escenario: El Euribor 3 meses se sitúa cada uno de los trimestres posteriores al cuarto trimestre fuera de rango, (2,30 % - 4,70 %). Se reciben los cuatro primeros cupones trimestrales del 6 % anual, y después no se recibe ningún pago hasta vencimiento, momento en que se devuelve el nominal y se recibe un cupón del 6 % trimestral hasta completar el objetivo del 12 %.(sigue un ejemplo sobre una inversión nominal de 100.000,00 €)

Principales Riesgos:

Riesgo de mercado: Es un producto con principal garantizado, con vencimiento dentro de 10 años, pero que puede amortizar al 100 % a los dos años y también cada trimestre posterior cuando la suma de los cupones pagados alcance el 12 %.

Los cuatro primeros trimestres pagará un cupón del 6 % anual, pero a partir de entonces los cupones podrán ser menores en función de si el tipo de interés Euribor 3 meses se sale de rango, (2,30 % - 4,70 %). Esta nota pagará siempre un cupón del 12 % sobre la denominación. Por lo tanto, en caso de amortización anticipada, el último cupón que se recibirá será igual al 12 % menos los cupones previamente pagados, (de tal manera que no se supere el cupón máximo que otorga la nota del 12 % sobre la denominación).

Si la fórmula de determinación de los cupones arroja niveles altos, la nota amortizará rápidamente, (inversión a medio plazo, 2 o 3 años, con buena rentabilidad), mientras que si la fórmula de determinación de los cupones arroja niveles bajos o CERO, la nota no amortizará de forma anticipada, (inversión a diez años con muy baja rentabilidad).

Dado que tanto el vencimiento como la cuantía de los cupones a cobrar pueden depender de pequeñas variaciones del tipo de interés, la valoración del producto podrá estar sujeta a una alta volatilidad.

Riesgo de liquidez: En la documentación no se refiere que se vaya a publicar un precio diario de cotización, ni que se vaya a proporcionar liquidez respecto del Mercado, por tanto si el inversor desea liquidar el título antes de la fecha de reembolso oficial, puede ver disminuida la cantidad a recibir. El producto está diseñado para conservarse hasta la fecha de vencimiento.

Al ser un producto no líquido, puede resultar difícil obtener información fiable sobre el valor del producto en el Mercado o sobre la magnitud de los riesgos a los que está expuesto.

El producto está denominado en notas de 50.000 euros de nominal, por lo que si el inversor quisiera deshacer parte de lo invertido, sólo lo podrá hacer por nominales múltiplos de 50.000 euros.

Riesgo contrapartida: El inversor tiene riesgo de contrapartida con Landsbanki Islands HF, (Aa3 Moodys,/ A Fitch), por lo que la insolvencia de este emisor conllevaría pérdidas parciales o totales de la inversión.

Riesgo divisa: En el caso de que la divisa de referencia del inversor sea distinta a la divisa del producto, (euro), las fluctuaciones en los tipos de cambio pueden provocar efectos negativos sobre el valor de la inversión.

Otros riesgos: La valoración podrá estar muy por debajo del precio de emisión, incluso en fechas inmediatamente posteriores a la de emisión.

Tras un análisis en profundidad de las características, condiciones y riesgos del bono DIGITAL TARN 12% MAYO 2007, desde el punto de vista legal, fiscal y financiero, les confirmo que el mismo se adapta a mis objetivos de inversión y

estoy interesado en invertir en el producto referido. En consecuencia, por la presente, SOLICITO procedan a la contratación de 385 bonos estructurados DIGITAL TARN 12% MAYO 2007, de 50.000 euros de valor nominal cada uno, por un importe nominal total de Diecinueve millones doscientos cincuenta mil euros, (19.250.000,00 €).

Soy consciente y asumo expresamente que la presente carta constituye una orden de suscripción irrevocable desde el mismo momento de su firma y que ALTAE BANCO S.A. procederá a la compra a mi nombre del bono indicado en el momento en que las condiciones de mercado lo permitan.

Asimismo, declaro que conozco las características y condiciones de la estructura de inversión cuya contratación solicito, entendiéndolo su complejidad financiera y los riesgos asociados a la misma.

Finalmente, declaro que los términos y condiciones completos del bono cuya contratación solicito, que serán los únicos vinculantes, estarán recogidos en el documento de términos finales ("Term Sheet") que será puesto a mi disposición por ALTAE BANCO S.A. en el momento en que se produzca la contratación definitiva del mismo.

Sin otro particular, atentamente. (Firma)»

Altae materializó esta inversión en los bonos Digital Tarn por cuenta de a través de una cuenta global (ómnibus).

vii) El 7 de junio de 2007, suscribió con Cajamadrid un nuevo anexo de la póliza de crédito en cuenta corriente (núm. 8.972.030/03), por el cual se constituía un derecho real de prenda a favor de Cajamadrid sobre 385 bonos corporativos estructurados de renta fija emitidos por la entidad Landsbanki Islands HF (ISIN nº XS0303270390) por importe de 19.250.000,00 euros.

viii) Hasta junio de 2008, percibió como rendimiento por sus inversiones en Digital Tarn la suma de 1.155.000 euros.

ix) El 8 de junio de 2008, , jefe administrativo de , mantuvo una conversación telefónica con , que en ese momento trabajaba como asesor en Altae, en la que el primero constata lo que ya sabía, que el bono estaba fuera de rango, debido a lo elevado de los tipos de interés del Euribor a tres meses, siendo informado por de que en la venta de los bonos en ese momento no se

obtendría una cantidad superior al 85% del nominal de la inversión. Ambos coincidieron en que era mejor esperar para realizar cualquier movimiento.

El 4 de julio de 2008, _____ dirigió un correo electrónico a _____, de Altae, con el que se interesaba por la cotización del bono y por la del Euribor a 3 meses.

contestó el 7 de julio de 2008 y le informó de que el Euribor a tres meses estaba en el 4,96 %, y que "la cotización de la estructura que les daban en ese momento era de 77,38 %".

x) La entidad Landsbanki Islands HF fue nacionalizada por el gobierno islandés el 9 de octubre de 2008, y después fue sometida a un proceso de liquidación. Los bonos adquiridos no generaron rédito alguno desde junio de 2008.

2. _____ interpuso una demanda frente a Altae y Cajamadrid, en la que pedía:

i) Primero, que se declarara la ineficacia de la orden de compra de los bonos Digital Tarn emitidos por la entidad islandesa Landsbanki, fundada en la falta de culminación por Altae de la comisión mercantil encomendada, al aparecer los correspondientes bonos o instrumentos a nombre del propio Altae o de Cajamadrid, por haber incluido ilícitamente la inversión, sin consentimiento ni conocimiento de la comitente ahora demandante, en una cuenta global, (ómnibus), y que se condenase a Altae y a Cajamadrid a indemnizarle en la suma invertida, 19.250.000,00 euros, más sus intereses.

ii) En segundo lugar, y fundado en el incumplimiento de las demandadas como comisionistas y prestadoras de servicios de inversión y venta asesorada (quebranto de las normas de conducta, ausencia o falseamiento de la información, negligencia en el asesoramiento, con falta de diversificación de la inversión y colocación de un producto ilíquido, complejo y con alto riesgo, cobro de comisiones ilícitas, incurriendo en conflicto de intereses y falta de la debida vigilancia y custodia de los valores administrados), _____ solicitaba la indemnización de los daños y perjuicios para ella supuestamente derivados, que cuantificaba en la suma de 6.000.000,00 €.

iii) Con carácter subsidiario, y fundado en el error sufrido, provocado dolosamente por las demandadas, pretendía que se declarara la nulidad de "toda la operación de financiación e inversión supuestamente recomendada por Cajamadrid", e interesaba por ello la condena solidaria de las demandadas a indemnizar la cantidad de 25.250.000,00 euros.

iv) Subsidiariamente, interesaba que se declarara la nulidad de la última operación de "colocación" del bono Digital Tarn emitido por Landsbanki, con retroacción de los efectos económicos a la fecha de su pretendida adquisición (15 de mayo de 2007), y la condena solidaria de las codemandadas a indemnizar la cuantía de 19.250.000,00 €, de la que había que restar la suma percibida en concepto de rendimientos, y añadir los intereses no cuantificados y generados por la póliza de crédito suscrita con Cajamadrid.

v) Subsidiariamente, y sobre la base del incumplimiento por las demandadas de sus obligaciones contractuales, interesaba la resolución con efectos ex tunc del mismo contrato de adquisición de los referidos bonos Digital Tarn, pasando a ser Altae el titular de los mismos, con devolución a la demandante del valor nominal de la inversión.

vi) Y, por último, también subsidiariamente, y fundado en el negligente cumplimiento de sus obligaciones por parte de las demandadas como seguidoras de la inversión y responsables de proporcionar una información permanente y eficaz, solicitaba la indemnización por el importe en el que los bonos podrían haber sido vendidos el 9 de enero de 2008, cuantificado en el 86,42 % del valor de la inversión.

3. Las pretensiones de la parte demandante han sido desestimadas tanto en primera como en segunda instancia. La sentencia de apelación, que expresamente ratifica los hechos declarados probados por el juzgado, sintetiza las razones de la desestimación de la demanda.

Primero, entiende que «al concluir los negocios jurídicos que han regido las relaciones obligatorias objeto del litigio, la entidad actora disponía de elementos bastantes y suficientes para conocer su verdadero contenido y el real y efectivo alcance de los mismos, como evidencia el hecho de que el entramado societario contaba con el oportuno departamento administrativo,

cuyo jefe, al menos -Sr. -, disponía de los suficientes conocimientos en materia de inversión, como evidencia su intervención en los hechos litigiosos, tal y como pone de manifiesto la relación de hechos probados recogida en la resolución apelada. Por tanto, el consentimiento prestado no puede considerarse viciado por error alguno».

Razona, «en segundo lugar, que la decisión de concluir los negocios jurídicos litigiosos fue libre y conscientemente adoptada por la entidad actora, con pleno conocimiento de su objeto y contenido, y sin que resulte cumplida y suficientemente justificado que dicha decisión hubiere sido provocada o condicionada por conducta o actuación ilícita alguna que pudiera ser atribuida a cualquiera de las entidades demandadas. Por tanto, el consentimiento prestado tampoco puede considerarse viciado por dolo».

«Y, por último, -añade- que la finalidad pretendida por la entidad actora con la conclusión de los repetidos negocios jurídicos era la obtención de un incremento en su patrimonio mediante la puesta en riesgo de un determinado capital propio. Es decir, pretendía una inversión de capital -no la mera optimización de la rentabilidad de un capital guardado reservado en previsión de necesidades futuras-. Por tanto, su perfil de inversor -y no de ahorrador- resulta incuestionable».

4. Frente a la sentencia de apelación, formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso casación, que articula en tres motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

5. *Formulación del motivo primero.* El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, porque «la motivación de la sentencia impugnada es manifiestamente irrazonable al valorar la prueba y de ella colegir que mi mandante es un cliente profesional, categoría legal inexistente al tiempo de producirse los hechos objeto de enjuiciamiento; del mismo modo, es manifiestamente irrazonable al confirmar la corrección de la valoración de la prueba realizada por el juzgador a quo, el cual concluyó que “resulta harto dudoso (art. 217 LEC) que Altae Banco, S.A. haya incurrido en negligencia en el cumplimiento de sus

obligaciones o quebrantado las normas de conducta... alcanzándose idéntica conclusión en relación con Cajamadrid".».

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

6. Desestimación del motivo primero. Conviene advertir que bajo este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal no procede revisar si es acertada o no la valoración realizada por la Audiencia de que «el perfil inversor de la entidad actora ha de ser considerado como profesional -y no como minorista-», sino, simplemente si esta afirmación se encuentra formalmente motivada, y en su defecto, si la falta de justificación priva de motivación a la sentencia. Dicho de otro modo, no se trata de examinar la procedencia de las razones dadas por la Audiencia para desestimar el recurso de apelación y con ello confirmar la desestimación de la demanda, sino simplemente constatar si la decisión fue razonada.

Para lo cual hemos de tener en cuenta que, como hemos advertido en otras ocasiones, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella» (Sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 95/2014, de 11 de marzo).

En nuestro caso, al margen de que se comparta o no el razonamiento, no puede negarse que la Audiencia haya explicado por qué debían desestimarse las pretensiones de la demandante. Estas razones aparecen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de apelación, y hemos dejado constancia de ellas en el fundamento jurídico 3 de esta sentencia. Al desgranar estas razones, la Audiencia se refiere al perfil inversor de la demandante, que equipara al del inversor profesional, para contraponerlo al del ahorrador, y da justificación de esta consideración, en el contexto de los hechos probados (que hemos reseñado en el fundamento jurídico 1):

«la finalidad pretendida por la entidad actora con la conclusión de los repetidos negocios jurídicos era la obtención de un incremento en su patrimonio mediante la puesta en riesgo de un determinado capital propio. Es decir, pretendía una inversión de capital -no la

mera optimización de la rentabilidad de un capital guardado reservado en previsión de necesidades futuras-. Por tanto, su perfil de inversor -y no de ahorrador- resulta incuestionable.

»En este sentido, resulta innegable -como razonada y razonablemente concluye el juzgador A QUO en la sentencia apelada- que el perfil inversor de la entidad actora ha de ser considerado como profesional -y no como minorista- por cuanto es evidente, habida cuenta de los hechos que la propia sentencia apelada declara como expresamente acreditados en su Fundamento de Derecho Cuarto, que ha de atribuirse a la entidad, dado el entramado societario en el que se integra, la experiencia y los conocimientos necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar los riesgos que asume.»

La sentencia recurrida colma la exigencia constitucional de motivación que, como hemos recordado en otras ocasiones (Sentencias 297/2012, de 30 abril, y 523/2012, de 26 de julio), «no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que pueda ser escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución».

Por otra parte, la cuestión acerca de si la calificación de “inversor profesional” es propia de la normativa MiFID introducida por la Ley 47/2007, y no de la regulación anterior, aplicable al caso, resulta ahora irrelevante. En este momento sólo se puede revisar si la sentencia está motivada, y en función de esto, si lo está la consideración de la demandante como inversor profesional, pero no la procedencia de esta calificación y las consecuencias que de ello hubiera podido extraer el tribunal de instancia.

7. El encabezamiento del motivo también hace referencia, como motivo de impugnación, a que la sentencia de apelación «es manifiestamente irrazonable al confirmar la corrección de la valoración de la prueba realizada por el juzgador a quo, el cual concluyó que “resulta hartamente dudoso (art. 217 LEC) que

Altae Banco, S.A. haya incurrido en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones o quebrantado las normas de conducta... alcanzándose idéntica conclusión en relación con Cajamadrid”».

En el desarrollo, del motivo se mezcla la denuncia de que esta motivación por remisión sería insuficiente para cumplir con el deber de motivación, con la disconformidad sobre la conclusión alcanzada, y el juego de las reglas de la carga de la prueba.

Al respecto debemos advertir que está admitida la motivación por remisión, cuando un tribunal de apelación acepta y hace suyas los razonamientos vertidos en la sentencia recurrida, siempre y cuando estos últimos cumplan con el estándar constitucional de motivación. La Audiencia no sólo asume los hechos probados y la fundamentación contenidos en la sentencia apelada, sino que además aporta sus propias razones, que resultan suficientes para conocer por qué se desestima la demanda.

La disconformidad con la valoración de la prueba que lleva a concluir que Altae y Cajamadrid no incurrieron en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones ni quebrantado las normas de conducta, es una valoración jurídica que no puede ser impugnada por este cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, y debe serlo, en su caso, por el de casación.

Y en cuanto a la infracción de las reglas de la carga de la prueba, el tribunal no acude a ellas para declarar probado ningún hecho, motivo por el cual, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, no cabe invocar su infracción: «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (Sentencias 333/2012, de 18 de mayo, y 786/2013, de 19 de diciembre).

8. Formulación del motivo segundo. El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, al haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia

omisiva, por no haber respondido a la alegación cuarta del recurso de apelación.

En esta alegación cuarta, se cuestionaba que la sentencia de primera instancia hubiera establecido que existía una relación de asesoramiento entre las partes, y de ello no hubiera extraído las consecuencias jurídicas que consideraba oportunas.

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

9. Desestimación del motivo segundo. La desestimación del motivo viene determinada porque la falta de respuesta a la alegación cuarta del recurso de apelación, carece de la relevancia pretendida, en atención a la jurisprudencia sobre la incongruencia omisiva en caso de sentencias absolutorias.

Con carácter general, venimos considerando que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo, y 31/2014, de 12 de febrero). En particular, y en relación con la denunciada incongruencia *omisiva*, la jurisprudencia entiende que el deber de congruencia previsto en el art. 218 LEC «exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente» (Sentencia 972/2011, 10 de enero de 2012, con cita de las anteriores Sentencias 176/2011, de 14 de marzo y 581/2011, de 20 de julio).

Ahora bien, «las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador» (Sentencias 476/2012, de 20 de julio, 365/2013, de 6 de junio, y 31/2014, de 12 de febrero). De tal forma que, como puntualizamos en la Sentencia 365/2013, de 6 de junio, «la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una

excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado».

De tal forma que la falta de una respuesta expresa a la alegación cuarta del recurso de apelación de la demandante frente a la sentencia de primera instancia que desestimaba la demanda, no constituye ningún vicio de incongruencia omisiva, y no cabe negar que el tribunal de instancia haya resuelto sobre todas las pretensiones ejercitadas en la demanda, sin perjuicio de que la decisión y sus razones no sean compartidas por la demandante.

Recurso de casación

10. *Formulación del motivo primero.* El motivo se funda en la infracción, por aplicación indebida del artículo 78 bis LMV, introducido por el art. 50 de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en relación con la disposición transitoria primera de esta última Ley y del art. 2.3 CC. Según el recurso, la sentencia impugnada enjuicia los hechos integrantes de la causa de pedir de las acciones ejercitadas en la demanda a partir de la calificación de como “cliente profesional” ex art. 78 bis LMV, que no existía al tiempo de producirse aquellos ni puede serle aplicado con carácter retroactivo.

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

11. *Desestimación del motivo primero.* Por la fecha en que fueron contratados los productos financieros objeto de enjuiciamiento, entre el 21 de marzo de 2005 y el 5 de junio de 2007, la normativa aplicable, en concreto la Ley del Mercado de Valores, lo era en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Esta Ley traspuso la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), al introducir, entre otras normas, las relativas a los deberes de información del art. 79 bis LMV (que incluyen el test de conveniencia y el de idoneidad), y la clasificación de clientes prevista en el art. 78 bis LMV.

El actual art. 78 bis LMV establece reglas para poder precisar cuando un cliente tiene la consideración de inversor profesional y cuando se trata de un minorista. Esta distinción sirve para conocer en qué medida son exigibles los

deberes de información previstos en el art. 79 bis LMV, y en concreto para asegurar un estándar mínimo de información a favor del cliente minorista.

La sentencia recurrida no ha aplicado la normativa introducida por la Ley 47/2007, sino la anterior. La referencia a la consideración de la demandante como cliente profesional lo es no para aplicar una normativa no debida, sino para tomar en consideración los conocimientos y la preparación de la demandante, que indudablemente también en la normativa anterior influía. Lo de menos es si emplea una terminología propia de la ley actual o si utiliza otra. Lo verdaderamente relevante es que la sentencia deja constancia de una realidad que influye en el enjuiciamiento sobre la existencia de vicios en su consentimiento a la hora de contratar los productos financieros, o el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones. Esta realidad es la que refiere la Audiencia en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia:

i) por una parte, «la finalidad pretendida por la entidad actora con la conclusión de los repetidos negocios jurídicos era la obtención de un incremento en su patrimonio mediante la puesta en riesgo de un determinado capital propio. Es decir, pretendía una inversión de capital -no la mera optimización de la rentabilidad de un capital guardado reservado en previsión de necesidades futuras-.

ii) Por otra parte, cabía atribuir a la entidad demandante la experiencia y los conocimientos necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar los riesgos que asume.

Esto es lo que, a la vista de los hechos declarados probados y que no pueden ser alterados en casación, conlleva la desestimación de la demanda, sin que se haya aplicado ninguna normativa posterior.

12. Formulación de los motivos segundo y tercero. El *motivo segundo* denuncia la infracción del art. 1726 CC, relativo al mandato, en relación con la infracción de los arts. 269 Ccom, relativo a la comisión mercantil, y 79.1 LMV, en su redacción aplicable al caso. Según el recurrente, la actuación de las demandada no alcanzó el estándar de la conducta que le era exigible conforme al Derecho aplicable, porque no suministró a la demandante «una información completa y clara sobre las características y riesgos de los bonos

estructurados en los que se le recomendó invertir, que eran productos complejos y de riesgo».

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

13. Desestimación del motivo segundo. Desestimamos el motivo porque incurre en el defecto que otras veces hemos denominado hacer supuesto de la cuestión, al basarse en unos hechos distintos de los que fueron acreditados en la instancia. En la sentencia de primera instancia, ratificada por la de apelación, se deja constancia de que la Altae suministró a la demandada información suficiente sobre las características del producto y los concretos riesgos, de lo que queda constancia escrita en la carta remitida por el legal representante de la demandante con la orden de compra, para constatar que recibió esa información.

No cabe ahora, con motivo del recurso de casación, volver a revisar la prueba con vistas a, sobre esa nueva realidad, justificar la infracción de los preceptos legales que se denuncian infringidos.

14. Formulación del motivo tercero. El motivo se funda en la infracción del art. 1726 CC relativo al mandato, en relación con el art. 1105 CC, y del art. 269 CCom, relativo al contrato de comisión mercantil, del art. 79.1 LMV y de los arts. 5 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores anexo al RD 629/1993, de 3 de mayo, art. 9 Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, y los arts. 2 y 4 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999 que desarrollan el citado art. 79.1 LMV.

Según la recurrente, «Altae Banco incumplió su deber de diligencia en la administración de la inversión en bonos islandeses al no advertirle tempestivamente del riesgo de quiebra del banco emisor, que llevaría aparejada la pérdida de la inversión. Para un profesional del mercado de valores que actúa como comisionista (y cobra por ello una remuneración), la quiebra no era un suceso imprevisible, por lo que no le exonera de su responsabilidad (art. 1105 CC)».

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

15. Desestimación del motivo tercero. Normativa aplicable. Las normas más generales que se denuncian infringidas sobre el mandato (art. 1729 CC) y la comisión mercantil (art. 269 CCom), se entienden integradas en una relación contractual como la concertada por las partes en su contrato de asesoramiento financiero y orden de movilización de valores de 21 de marzo de 2005, por la normativa específica o sectorial aplicable en aquel momento.

En concreto, por el art. 79 LMV, que por entonces ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de *«asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]»*.

Esta previsión normativa desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a *«informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]»; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes»*, establecía en su art. 12: *«La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. [...]»*

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores.

Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

Y en el art. 5 del anexo, especificaba con mayor detalle la información que las empresas debían facilitar a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.»

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9: *«Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».*

16. El motivo se desestima en atención a los hechos declarados probados. En ellos se deja constancia de que la demandante era consciente de todos los riesgos asumidos con la adquisición de los bonos, entre los que se encontraba la insolvencia del emisor (así consta en la carta de 5 de junio de 2007). También de que hasta junio de 2008 obtuvo, como contrapartida al alto riesgo del producto, una gran rentabilidad, en concreto 1.155.000 euros. Consta,

igualmente, la relación que a partir de junio de 2008 tuvieron las partes, cuando el bono pasó a estar fuera de rango. La demandada fue informando de la situación y también de la cantidad que por la venta de los bonos se obtendría. De tal forma que si no se vendieron los bonos, por un 85% del nominal de la inversión, en un primer momento, y por un 77,38%, más tarde, fue por una decisión de la propia demandante. Estos hechos muestran que, sin perjuicio de la dificultad que entonces entrañaban las previsiones de quiebra y liquidación de entidades financieras que hasta hacía poco habían recibido una calificación de gran solvencia por parte de las agencias, no existió por la demandada ningún incumplimiento de las reseñadas obligaciones derivadas del contrato de asesoramiento financiero, por lo que desestimamos el motivo.

Costas

17. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso (art. 398.1 LEC).

Desestimado el recurso de casación, imponemos las costas a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

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

F A L L A M O S

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de _____ contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25ª) de 19 de septiembre de 2013, que resuelve el recurso de apelación (rollo núm. 577/2012) interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid de 14 de diciembre de 2011 (juicio ordinario 1904/2010).

2º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de
contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de
Madrid (sección 25ª) de 19 de septiembre de 2013 (rollo núm. 577/2012).

3º Imponer las costas generadas por ambos recursos a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN
LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos,
mandamos y firmamos.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Sarazá Jimena.-
Sebastián Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO.
SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, ponente que ha sido en el trámite de los
presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del
Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma,
certifico.

