



Roj: **STS 3670/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3670**

Id Cendoj: **28079110012021100671**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2021**

Nº de Recurso: **487/2018**

Nº de Resolución: **691/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 691/2021**

Fecha de sentencia: 11/10/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 487/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 10.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 487/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 691/2021**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Popular Banca Privada, S.A., representada por la procuradora D.ª M.ª José Bueno Ramírez, bajo la dirección letrada de D. Jorge Capell Navarro, contra la sentencia n.º 530/17, dictada por la Sección 10.ª de la Audiencia



Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 906/17, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1.765/15, del Juzgado de Primera Instancia n.º 87 de Madrid. Ha sido parte recurrida la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales, representada por el procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu y bajo la dirección letrada de D. Juan José Ortega García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu, en nombre y representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales, interpuso demanda de juicio ordinario contra Popular Banca Privada, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en cuyos méritos se estime íntegramente esta demanda por lo que en consecuencia se declare principalmente la nulidad de pleno por incumplimiento de norma imperativa conforme al art. 6.3 del Código Civil a causa del incumplimiento de Popular de Banca Privada S.A. de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios en fase precontractual, contractual y postcontractual, con especial incidencia en su negligente e inexistente cumplimiento de evaluar el perfil de los clientes y demás incumplimientos comentados de forma exhaustiva en la demanda, de las órdenes de compra de dichos valores; tanto contratos atípicos como bonos convertibles, canje y contratos que estén vinculados con las citadas compras, y en sus méritos conforme al art. 1303 C. Civil, se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a mis mandantes como principal la cantidad total invertida, CINCO MILLONES VEINTE MIL EUROS (5.020.000,00 €), más el interés legal de esta cantidad desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de Popular Banca Privada S.A. o entidad que éste designe sobre los bonos o acciones objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre los mismos, devolviendo al banco los cupones cobrados por mis representados, y cantidades liquidadas a la finalización del contrato, según se acrediten estos a lo largo del procedimiento por la adversa o en todo caso en ejecución de sentencia.

Y, subsidiariamente, si no se concede la nulidad interesada, solicitamos se declare el incumplimiento respecto a los contratos financieros atípicos por parte de Popular Banca Privada o entidad que le suceda en sus derechos y obligaciones, de las normas imperativas de obligado cumplimiento que han sido citadas a lo largo de la demanda y en el encabezamiento de la misma así como de las obligaciones derivadas del contrato, y se proceda a la indemnización de daños y perjuicios causados, condenando a la demandada a pagar a mis mandantes: DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE EUROS (2.132.824,79 €) cantidad en la que se determinan los perjuicios sufridos en la compra de los contratos financieros atípicos según informe pericial que se adjunta a la demanda, más el interés legal de esta cantidad desde la fecha de interposición de esta demanda y todas las costas de este pleito; declarando respecto la contratación de bonos subordinados de 2009, con objeto de no producir enriquecimiento injusto alguno, que se declare la titularidad de Popular Banca Privada S.A. o entidad que éste designe sobre los bonos u acciones objeto de esta Litis, consolidando la propiedad sobre los mismos".

2.- La demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2015, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 87 de Madrid, se registró con el n.º 1.765/15. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> José Bueno Ramírez, en representación de Popular Banca Privada, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva a Popular Banca Privada S.A. de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 87 de Madrid dictó sentencia de fecha 16 de febrero de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la excepción de DEFECTO EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA y DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la excepción de CADUCIDAD ambas articuladas por el Procurador Sra Bueno Ramírez, en nombre y representación acreditada en la Causa.

DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda promovida por el Procurador Sr Blasco Mateu, en nombre y representación acreditada en la Causa.



DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la ORDEN DE COMPRA de BN BONOS SUB CANJEABLES POP VT23102013, de fecha 23 de octubre de 2 009, canjeados por BONOS SUBORDINADOS NECESARIAMENTE CANJEABLES ES0370412001, por importe de 220.000,00 euros emitidas por BANCO POPULAR SA, hoy controvertidas y adquiridas por D Claudio Y D Celia , DEBIENDO DECLARAR asimismo que la titularidad de todos los títulos a los que se refiere dicha subscripción o bien aquellos otros que hubieran sucedido a los mismos (Obligaciones o Bonos resultado de la Recompra Forzosa o acciones adquiridas por conversión forzosa), pasen a la entidad POPULAR BANCA PRIVADA SA una vez se haya restituido el importe de las cantidades a los que esta Sentencia se refiere.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a POPULAR BANCA PRIVADA SA a que abone a D Claudio Y D Celia la suma de 220.000,00 euros con más los intereses legales SENCILLOS desde la fecha de la inversión a la que se refiere cada dicha orden, pasando por su recompra forzosa o conversión en acciones, hasta el completo pago o consignación, DEBIENDO PROCEDERSE por D Claudio Y D Celia a la devolución de las rentabilidades obtenidas de los productos a los que se refieren dicha orden desde la fecha de la primera obtención hasta la última, con más los intereses legales sencillos desde la obtención de las mismas hasta la determinación del importe dinerario final. El importe de la inversión deberá, igualmente, ser aminorado con el importe de las acciones convertidas, si hubieran producido rentabilidad o el precio de su enajenación, si tal hubiera ocurrido. Una vez se haya restituido el importe de las cantidades a que esta Sentencia se refiere. Todas estas cantidades se determinarán en fase de ejecución de Sentencia, en defecto de acuerdo entre las partes.

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a POPULAR BANCA PRIVADA SA del resto de los pedimentos de la demanda.

No se hace pronunciamiento en las costas de este procedimiento".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 906/17, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

"Que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU, en representación de AUGE, ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES, frente a la sentencia dictada de fecha 16 de febrero de 2017 por la Magistrada-Juez del juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid en los autos a que el presente Rollo se contrae y desestimando la impugnación de la misma formulada por la Procuradora Dª Mª JOSÉ BUENO RAMIREZ, en representación de POPULAR BANCA PRIVADA SA, debemos revocar y revocamos la resolución indicada en el sentido de que declaramos el incumplimiento en su obligación de información respecto a los contratos financieros atípicos por parte de BANCO POPULAR BANCA PRIVADA y, en consecuencia, se condena a ésta a indemnizar en los daños y perjuicios causados, que se cifran en la suma de 2.132.824,79 euros, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. Se imponen a la demandada las costas causadas en primera instancia y no se hace especial imposición de las de esta alzada, excepto las de la impugnación de la sentencia que se imponen a la parte que la formuló".

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

1.- La procuradora D.ª M.ª José Bueno Ramírez, en representación de Popular Banca Privada, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal con base en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española: infracción de los artículos 360 y 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque la Audiencia Provincial prescinde de la valoración de la testifical del empleado de PBP por considerarla imparcial dando lugar a la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española por generar indefensión a PBP al provocar una ilógica valoración de la prueba, esto es, un error patente en la misma.

Segundo.- Segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal con base en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española: infracción del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por existir un error patente en la valoración de la prueba consistente en el dictamen pericial aportado por PBP antes de la audiencia previa, unido a los autos como documento 19 de su contestación. En efecto, la sentencia n.º 530/2017 considera que el importe de la indemnización no ha sido discutido por PBP, cuando del informe



pericial de PBP se aprecia la discusión de la indemnización. La valoración errónea del dictamen pericial ha causado indefensión a PBP al condenar la sentencia nº 530/2017 a una cantidad superior a la que figura en su informe pericial".

El motivo del recurso de casación fue:

"Tercero.- Motivo único del recurso de casación con base en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: infracción, por parte de la sentencia nº 530/2017 del artículo 1.101 del Código Civil y de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, representada por sus sentencias nº 443/2012, de 10 de julio, y 473/2010, de 15 de julio, porque prescinde, al declarar la responsabilidad civil contractual de PBP, de uno de los elementos que configuran esta responsabilidad: la relación de causalidad entre la conducta de PBP y el daño producido. El daño padecido por los Sres. Claudio se produce por circunstancias totalmente ajenas a PBP, que tiene que ver con el inesperado descenso de la cotización de las acciones. El procedimiento de primera instancia se tramitó por razón de la cuantía conforme al artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la cuantía discutida en apelación asciende a dos millones cinco treinta y dos mil ochocientos veinticuatro mil euros (2.132.824,79 €)".

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 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Popular Banca Privada, S.A. contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) en el rollo de apelación n.º 906/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1765/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 87 de Madrid.

2.º Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

Contra este Auto no cabe recurso".

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

4.- Por providencia de 30 de julio de 2020 se nombró ponente a Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y se señaló para votación y fallo el día 15 de julio de dicho año, acto que no llegó a celebrarse porque la Sala planteó la posible falta de legitimación activa de la Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa, acordando, por resolución de 15 de julio de 2020, la suspensión de la deliberación y oír a las partes sobre dicha cuestión, traslado que fue evacuado por ambas partes litigantes.

5.- Con fecha 27 de octubre de 2020 se dictó sentencia n.º 561/2020, cuyo fallo es como sigue:

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

1.º- Declarar la falta de legitimación activa ad causam de la demandante Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE).

2.º- Anular la sentencia recurrida y desestimar la demanda interpuesta por dicha entidad contra Popular Banca Privada S.A.

3.º- Condenar a la demandante al pago de las costas causadas en primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las de apelación y sobre las causadas por los presentes recursos.

4.º- Devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos para recurrir.

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

Y con fecha 11 de marzo de 2021, a solicitud de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales, se dictó auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: Denegar la petición de aclaración y/o complemento de la sentencia de esta Sala 561/2020, de 27 de octubre de 2020, formulada por La Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), sin hacer pronunciamientos sobre costas.

Este auto es firme y contra él no cabe recurso".

6.- La representación procesal de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales presentó escrito suplicando a la sala que:



"[...] declarando la nulidad de actuaciones por incongruencia de la Sentencia nº 561/2020, de 27 de octubre de 2020, dictando nueva sentencia que estime el recurso del Banco en el sentido de desestimar la demanda respecto la indemnización de daños y perjuicios relativas a los tres CFAS, pero manteniendo el pronunciamiento de anulabilidad respecto a los bonos subordinados de 2009, concediendo por tanto lo solicitado en la casación y no cosa distinta, o en su caso más de lo solicitado".

Dado traslado a la parte contraria, presentó escrito de oposición al incidente de nulidad planteado y el 12 de julio de 2021 se dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: Se decreta la nulidad de la sentencia de este tribunal n.º 561/2020, de 27 de octubre, y, en consecuencia, con reposición de las actuaciones, procédase a efectuar nuevo señalamiento para deliberación y fallo.

Todo ello, sin hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Este auto es firme y contra él no cabe recurso".

7.- Por resolución de 3 de septiembre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de octubre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

1.- La Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE) formuló en su día demanda, en nombre de sus afiliados D. Claudio y D.ª Celia, contra Popular Banca Privada, S.A., cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 87 de Madrid, que dictó sentencia de 16 de febrero de 2017, por la que estimó parcialmente la demanda deducida y declaró la nulidad de la orden de compra de bonos VT23102013, de fecha 23 de octubre de 2009, canjeados por bonos subordinados necesariamente canjeables ES0370412001, por importe de 220.000,00 euros, con condena de la demandada a abonar a D. Claudio y D.ª Celia la suma de 220.000,00 euros, más los intereses legales y otros pronunciamientos adicionales correlativos, con absolución de la entidad bancaria interpelada en el resto de los pedimentos de la demanda.

2.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la actora AUGE e impugnación por Popular Banca Privada, S.A. Sustanciada la alzada, la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 5 de diciembre de 2017, en la que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto y desestimando la impugnación formulada por Popular Banca Privada S.A., revocó en parte la sentencia del precitado juzgado, en el sentido de declarar el incumplimiento de la obligación de información respecto a los contratos financieros atípicos por parte de Banco Popular Banca Privada, y, en consecuencia, se condena a ésta entidad a indemnizar los daños y perjuicios causados, que se cifraron en la suma de 2.132.824,79 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

3.- Contra dicha sentencia Popular Banca Privada, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación, fundado el primero, en los siguientes motivos: (1).- Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por la infracción del artículo 24 CE en relación con los artículos 360 y 361 LEC. (2).- Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por la infracción del artículo 24 CE en relación con el artículo 348 LEC. Y, por su parte, el recurso de casación, por interés casacional, se fundamentó, como motivo único, en la infracción del artículo 1101 CC y de la jurisprudencia, y se solicitó la desestimación de la pretensión de indemnización de daños y perjuicios ejercitada y estimada parcialmente por la sentencia de la Audiencia.

4.- Esta Sala, en el momento de proceder a la deliberación del litigio, acordó la suspensión de la misma y plantear, de oficio, a las partes la posible inexistencia de falta de legitimación *ad causam* por parte de la entidad demandante, concediendo a las mismas un plazo de diez días para formular alegaciones sobre dicha cuestión, habiéndolo efectuado ambas partes en defensa de sus respectivas pretensiones.

5.- Por parte de esta Sala se dictó sentencia 561/2020, de 27 de octubre, contra la que se siguió incidente de nulidad de actuaciones, que fue estimado por auto de 12 de julio de 2021, en cuya parte dispositiva se acordó la nulidad de la precitada resolución, acordándose que se procediera a un nuevo señalamiento para deliberación y fallo.

### SEGUNDO.- *Examen previo del recurso de casación con respecto al extraordinario por infracción procesal*

Con carácter previo advertimos que esta Sala ha admitido la posibilidad de alterar el orden legal en el que, en principio, deberían resolverse los recursos (disposición final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar, en primer lugar, el recurso de casación, porque una eventual estimación del mismo determinaría la carencia de



efecto útil del recurso por infracción procesal igualmente interpuesto, "[...] toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia" ( sentencias 910/2011, de 21 de diciembre; 641/2012, de 6 de noviembre; 223/2014, de 28 de abril; 71/2016, de 17 de febrero; 634/2017, de 23 de noviembre o 170/2019, de 20 de marzo y 531/2021, de 14 de julio).

### **TERCERO.- Examen del recurso de casación y apreciación de oficio de la falta de legitimación activa**

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, relativa a la posibilidad de apreciar de oficio la falta de legitimación activa.

Así lo declaramos, en la sentencia 481/2000, de 16 de mayo, en la que razonamos:

"[...] el tema de la legitimación comporta siempre una *questio iuris* y no una *questio facti* que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen se puede, por ello, estar legitimado y carecer del derecho que se controvierte. con todo, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que, en ocasiones, se confunda la legitimación (*questio iuris*) con la existencia del derecho discutido (que exige la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran)" ( STS 31 mar. 1997, en recurso núm. 1275/93), y de ahí, sobre todo, que la falta de legitimación *ad causam* se considere apreciable de oficio por los tribunales, incluso por esta sala al conocer del recurso de casación (SSTS. 20 oct. 1993, 1 feb. 1994, 13 nov. 1995, 30 dic. 1995 y 24 ene. 1998, entre otras)", con lo que cualquier reproche de incongruencia a la sentencia recurrida y toda la argumentación de los dos motivos, caen absolutamente por su base".

También, entre otras, en la sentencia 460/2012, de 13 de julio, en la que dijimos:

"La sentencia núm. 713/2007, de 27 junio, señala que la legitimación *ad causam* consiste, en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTS 31-3-97 y 28-12-01; de modo que, por su propia naturaleza y efectos, su falta puede ser apreciada de oficio ( SSTS, 30 abril 2012, 13 diciembre 2006, 7 y 20 julio 2004, 20 octubre 2003, 16 mayo 2003, 10 octubre 2002 y 4 julio 2001) en cualquier momento del proceso. Así procede en el caso presente ya que la demandante carecía por sí de legitimación suficiente para instar la extinción de la relación arrendaticia que le unía a la parte demandada" [énfasis en negrita añadido].

El obligado examen de oficio implica que no constituya óbice para su apreciación el hecho de que la parte que alega su falta lo haga por primera vez en grado de apelación ( sentencia 195/2014, de 2 de abril), ni impide su apreciación de oficio. Como afirmamos en la sentencia 824/2011, de 15 de noviembre, confirmando doctrina anterior, "es jurisprudencia reiterada la que permite apreciar de oficio la falta de legitimación activa incluso en casación ( sentencias de 4 de julio de 2001, 31 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 10 de octubre de 2002 y 20 de octubre de 2002)".

Más recientemente, en esa misma línea, nos expresamos de nuevo en la sentencia 603/2021 de 14 de septiembre, en el sentido de que "esta sala no sólo ha admitido la apreciación de oficio de la falta de legitimación, sino que la ha impuesto por constituir la legitimación una condición jurídica de orden público procesal ( sentencias de 30 de junio de 1.999, 4 de julio y 31 de diciembre de 2001, 10 y 15 de octubre de 2002, 20 de octubre de 2003, 23 de diciembre de 2005, y 970/2007, de 18 de septiembre)".

### **CUARTO.- Legitimación activa en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios en defensa de los intereses de sus asociados**

Un caso similar al presente, fue resuelto por esta Sala 1.ª, en su sentencia 656/2018, en un asunto en el que fue parte la misma entidad accionante Auge, y en dicha resolución, con cita de la STC 217/2007, de 8 de octubre, señalamos:

"De este modo, la legitimación especial que el art. 11.1 LEC reconoce a las asociaciones de consumidores para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados tiene sentido siempre que "guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado". Sin perjuicio de que al realizar esta valoración se tienda a una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios.



Es cierto que el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, en su anexo I, apartado C, núm. 13, menciona los "servicios bancarios y financieros", dentro del catálogo de "productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a efectos del artículo 2.2 y 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y disposición adicional segunda de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita". Por lo que, en principio, los servicios bancarios o financieros no quedan excluidos en todo caso. Esto es, una reclamación que guarde relación con la prestación de un servicio financiero a un consumidor quedaría incluida dentro de la legitimación del art. 11.1 LEC.

Pero una cosa es que los servicios financieros puedan ser considerados como servicios de uso común, ordinario y generalizado, y otra distinta que siempre y en todo caso lo sean. Esto es, hay servicios financieros que por su naturaleza y circunstancias exceden de la consideración de "servicios de uso común, ordinario y generalizado". Y un ejemplo paradigmático de esto es el que ahora es objeto de enjuiciamiento.

El servicio que da lugar al litigio es la adquisición por dos particulares, Oscar y Rosa, en un año y medio aproximadamente (de diciembre de 2006 a febrero de 2008), de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros. Estos diez productos financieros comprenden tres paquetes de acciones de sociedades que cotizan en bolsas internacionales (Neuropharma, Meinel Airports y Meinel Power) y siete bonos estructurados, que tienen la consideración de productos complejos, de marcado carácter especulativo.

Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado.

Los afectados pueden litigar directamente por sí mismos y no está justificado que lo haga una asociación de consumidores, en nombre propio y por cuenta de sus asociados, para evitar los riesgos derivados de una eventual condena en costas. Estas situaciones constituyen abusos del ordenamiento jurídico que no pueden estar amparados por una interpretación amplia del art. 11.1 LEC".

**QUINTO-** *Las circunstancias concurrentes conducen a la falta de legitimación de la actora, en relación a la cuestión controvertida suscitada en el presente recurso de casación*

En el caso presente, la entidad AUGE, Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales, interpuso demanda contra Popular Banca Privada, S.A., solicitando determinados pronunciamientos, en relación con negocios de inversión celebrados por D.<sup>a</sup> Celia y D. Claudio, por un total de 5.020.000 euros.

En concreto, solicitaba que se declarase la nulidad de los siguientes contratos:

- i) De fecha 19 de enero de 2007 de encargo de contratación de un producto financiero a plazo adecuado por un importe de 600.000,00 euros, con vencimiento el 25/1/11, posibilidad de amortización anticipada, con un precio strike según las acciones del subyacente a 19/1/07, con un cupón fijo al 1,25% hasta la amortización en las fechas previstas y compuesto de una cesta de tres valores sometidos a subyacentes que cotizan en la Bolsa de Madrid y la Bolsa italiana;
- ii) De fecha 19 de enero de 2007 con importe de inversión de 3.340.000,00 euros con vencimiento el 26/1/11, con precio de strike el 19/1/07, con un cupón fijo de 1,25% pagadero hasta la amortización en las fechas previstas; igualmente compuesto por una cesta de tres valores y con subyacentes que cotizan en la Bolsa española e italiana;
- iii) Contrato de fecha 18 de febrero de 2008, por importe de inversión de 800.000,00 euros, fecha de vencimiento el 18/2/2013, precio de strike a fecha 11/2/08, por una cesta de tres tipos de acciones y con un subyacente que cotiza en la Bolsa de Madrid. Cupón fijo al 20% sobre el nominal a abonar en fecha 25/2/2008 y sometido a reglas de amortización anticipada o de amortización a vencimiento.
- iv) Así como la nulidad de las siguientes órdenes de compra de valores: de fecha 5/10/09, para adquirir bonos sub canjeables Popvt 23102013, código ISINES0370412001 por importe de 220.000 euros y Orden de valores de fecha 9/5/12 para la recompra de Bonos Subordinados necesariamente Canjeables ISINES0370412001 con subscripción de Bonos Subordinados, obligatoriamente convertibles II/2012, ISINES0313790059, por importe de 220.000 euros.

La nulidad se fundamentaba en la falta de información por la entidad bancaria de modo que los adquirentes de tales productos pudieran comprender, con claridad, los riesgos de su inversión. En definitiva la reclamación derivada de la nulidad pretendida se elevaba a una cantidad superior a los cinco millones de euros.

Pues bien, no nos hallamos ante productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado, para que quepa la legitimación activa de la asociación de consumidores y usuarios demandante. Una operación de las características de la que constituye el objeto del recurso no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado.



En consecuencia, procede la estimación del recurso de casación interpuesto, exclusivamente circunscrito a la indemnización de daños y perjuicios del art. 1101 del CC, por falta de legitimación activa de la entidad actora, sin que esta sentencia afecte al pronunciamiento de nulidad de los bonos VT23102013, de fecha 23 de octubre de 2009, canjeados por bonos subordinados necesariamente canjeables ES0370412001, decretado por el Juzgado de Primera Instancia y confirmado por la Audiencia, por haber devenido firme y consentido por las partes, lo que dio lugar al incidente de nulidad promovido y resuelto por auto de esta Sala de 12 de julio de 2021.

#### **SEXTO.- Costas y depósito**

La estimación del recurso de casación y la circunstancia de no entrar en el examen del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, conduce a que no se haga especial pronunciamiento en costas y la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

La desestimación del recurso de apelación e impugnación conduce a la condena en costas y pérdida del depósito.

Todo ello, por aplicación del art. 398 LEC y Disposición Adicional 15, reglas 8 y 9 de la LOPJ.

#### **FALLO**

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la sección décima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de diciembre de 2017, dictada en el rollo de apelación n.º 906/2017, sin imposición de costas y devolución del depósito para recurrir.

2.º- Casar la precitada sentencia, dejándola sin efecto, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la impugnación formulada por la parte demandada, confirmar la sentencia de 16 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 87 de Madrid, en procedimiento de juicio ordinario n.º 1.765/15, con imposición de las costas de la alzada y pérdida de depósito para recurrir.

3.º- No procede examinar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, sin imposición de costas y devolución del depósito.

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

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

Así se acuerda y firma.