Roj: **STS 1728/2024** - **ECLI:ES:TS:2024:1728**

Id Cendoj: **28079110012024100446**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **03/04/2024**
Nº de Recurso: **3794/2019**
Nº de Resolución: **452/2024**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 452/2024

Fecha de sentencia: 03/04/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3794/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/03/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3794/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 452/2024

Excmo. Sr.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 3 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid. Es parte recurrente la entidad Banco Santander S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de Agustín Capilla

Casco. Es parte recurrida María Inés , Modesto y Agueda , representados por la procuradora Bárbara Egido Martín, posteriormente sustituida por la procuradora Agueda María Meseguer Guillén y bajo la dirección letrada de Ramón Lafuente Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Bárbara Egido Martín, en nombre y representación de Modesto , María Inés y Agueda , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid, contra las entidades Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A., para que se dictase sentencia por la que se declare:

"1º.- Con carácter principal, que se declare la nulidad de los contratos de suscripción de productos estructurados y los precontratos concertados con la entidad POPULAR BANCA PRIVADA, S.A. así como los créditos vinculados a los mismos vendidos por BANCO POPULAR DE ESPAÑA, S.A. (también como entidad sucesora de BANCO DE ANDALUCÍA) con sus prórrogas y contratos anejos a que se refieren los documentos n.º 31, 33A, 37, 38, 41 y 43 (órdenes de compra de los productos estructurados y sus precontratos) y los documentos n.º 32, 51, 52 y 53 (pólizas de crédito con sus modificaciones y renovaciones así como las pignoraciones de valores) por la existencia de dolo o error como vicio en el consentimiento, con condena a POPULAR BANCA PRIVADA a la devolución de la cantidad de dos millones cien mil euros (2.100.000 €) a los demandantes; aplicándose 900.000 € al pago de los créditos dispuestos; todo ello con pago de intereses (previa compensación con los cupones recibidos); y teniendo en cuenta la devolución de las cuotas de amortización del préstamo abonadas por el demandante con el interés legal desde que fueron abonadas, que deberán restarse a los 900.000 € de los créditos dispuestos, y restitución por parte de mis representados de los productos o de las acciones siempre que ello sea posible en los términos previstos en el cuerpo del escrito de demanda, siempre buscando la indemnidad del cliente.

"2º.- Subsidiariamente a las anteriores, que se declare la resolución de los contratos de suscripción de productos estructuras y los precontratos concertados con la entidad Popular Banca Privada S.A., así como los créditos vinculados a los mismos vendidos por el Banco Popular de España S.A. (también como entidad sucesora del Banco de Andalucía) con su prórrogas y contratos anejos, al que se refieren los documentos n,º 31, 33A, 37, 38, 41 y 43 (órdenes de compra de los productos estructurados y sus precontratos) y los documentos n.º 32, 51, 52 y 53 (pólizas de crédito con sus modificaciones y renovaciones así como las pignoraciones de valores) por la existencia de incumplimiento sustancial de contrato por la demanda, con condena a Popular Banca Privada a la devolución de la cantidad de dos millones cien mil euros (2.100.000€) a los demandantes; aplicándose 900.000€ al pago de los créditos dispuestos; todo ello con pago de intereses (previa compensación con los cupones recibidos); y teniendo en cuenta la devolución de las cuotas de amortización del préstamo abonadas por el demandante con el interés legal desde que fueron abonadas, que deberán restarse a los 900.000€ de los créditos dispuestos, y restitución por parte de mis representados de los productos o de las acciones siempre que ello sea posible en los términos previstos en el cuerpo de este escrito de demanda siempre buscando la indemnidad del cliente:

"3º.- Subsidiariamente a las anteriores, que se declara que la entidad bancaria Popular Banca Privada S.A. ha cumplido defectuosamente las obligaciones contraídas por la celebración del contrato de suscripción diversos productos estructurados, así como en la concesión de créditos vinculados por parte de Banco Popular Español S.A., al que se refieren los documentos n,º 31, 33A, 37, 38, 41 y 43 (órdenes de compra de los productos estructurados y sus precontratos) y los documentos n.º 32, 51, 52 y 53 (pólizas de crédito con sus modificaciones y renovaciones así como las pignoraciones de valores), y apertura y mantenimiento de cuenta de valores, con el consiguiente incumplimiento del contrato, con condena a Popular Banca Privada a la devolución de la cantidad de dos millones cien mil euros (2.100.000 €) a los demandantes; aplicándose 900.000€ al pago de los créditos dispuestos; todo ello con pago de intereses (previa compensación con los cupones recibidos); y teniendo en cuenta la devolución de las cuotas de amortización del préstamo abonadas por el demandante con el interés legal desde que fueron abonadas, que deberán restarse a los 900.000€ de los créditos dispuestos, y restitución por parte de mis representados de los productos o de las acciones siempre que ello sea posible en los términos previstos en el cuerpo de este escrito de demanda siempre buscando la indemnidad del cliente.

"4º.- Y, en todo caso, con expresa condena al pago de todas las costas causadas en este procedimiento".

2. La procuradora María José Bueno Ramírez, en representación de la entidad entidades Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva a mis representadas de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando la demanda promovida por Don Modesto y Doña María Inés y Doña Agueda contra BANCO DE SANTANDER, la nulidad de los contratos de suscripción de productos estructurados y los precontratos concertados con la entidad POPULAR BANCA PRIVADA, S.A. así como los créditos vinculados a los mismos vendidos por BANCO POPULAR DE ESPAÑA, S.A. como entidad sucesora de BANCO DE ANDALUCÍA con sus prórrogas y contratos anejos a que se refieren los DOCs. 31, 33ª, 37,38, 41 y 43 (órdenes de compra de los productos estructurados y sus precontratos) y los DOCs. 32, 51, 52 y 53 (pólizas de crédito con sus modificaciones y renovaciones así como las pignoradas de valores) por la existencia de error vicio en el consentimiento, condenando a BANCO DE SANTANER a la devolución de la cantidad de 2.100.000 euros a la demandante aplicándose 900.000 euros al pago de los créditos dispuestos; todo ello con pago de intereses llevando a cabo la compensación con los cupones recibidos, y teniendo en cuenta la devolución de las cuotas de amortización del préstamo abonadas por el demandante con el interés legal desde que fueron abonados, que deberán restarse a los 900.000 euros de los créditos dispuestos, y restitución por parte de los demandantes de los productos o de las acciones. Se imponen las costas del proceso a la parte demandada".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Santander S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid mediante sentencia de 20 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª María José Bueno Ramírez, en representación de BANCO SANTANDER, S.A., frente a la sentencia dictada el día 20 de noviembre de 2018 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid, en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la resolución indicada, e imponemos a la parte apelante las costas procesales causadas en esta instancia".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora María José Bueno Ramírez, en representación de la entidad Banco Santander S.A., interpuso recurso de casación ante la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta".

2. Por diligencia de ordenación de 26 de junio de 2019, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Santander, representada por la procuradora María José Bueno Ramírez; y como parte recurrida María Inés , Modesto y Agueda , representados por la procuradora Bárbara Egido Martín, posteriormente sustituida por la procuradora Agueda María Meseguer Guillén.

4. Esta sala dictó auto de fecha 13 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 20 de mayo de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) en el rollo de apelación n.º 322/2019, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 844/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 34 de Madrid".

5. Dado traslado, la representación procesal de María Inés , Modesto y Agueda presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de marzo de 2024, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

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

i) Precedido de un precontrato, en diciembre de 2006, Modesto , María Inés y Agueda contrataron con Banco Popular un Contrato Financiero a plazo (en adelante, CFA), por un nominal de 800.000 euros. Este producto estructurado venía referido al comportamiento de tres valores: de Banco Santander, de France Telecom y de Iberdrola. El contrato iba acompañado de una concesión por la entidad financiera de un crédito por el importe de la inversión.

ii) El 5 de diciembre de 2007, Modesto , María Inés y Agueda volvieron a contratar con Banco Popular otro CFA, en el que los tres valores subyacentes eran acciones de Banco Santander, Banco Bilbao Vizcaya y Banco Popular Español, por un nominal 1.000.000 euros. Este contrato vino precedido de un precontrato de 27 de noviembre de 2007 y acompañado de un crédito de 500.000 euros destinado a la adquisición del CFA.

iii) El 27 de diciembre de 2007, Modesto , María Inés y Agueda volvieron a contratar con Banco Popular otro CFA, tras la cancelación del primer CFA (el de diciembre de 2006), por un nominal de 800.000 euros, que vino acompañado de un crédito de 400.000 euros destinado a la adquisición de este producto.

iv) El 3 de junio de 2008, Modesto , María Inés y Agueda volvieron a contratar con Banco Popular otro CFA, por un nominal de 300.000 euros

El primer contrato de diciembre de 2006 vino precedido de dos correos electrónicos enviados por el empleado del banco que comercializó el producto, Baltasar , dirigidos al Sr. Modesto , que contenían algunas explicaciones del producto y simulaciones. En concreto, se exponían los escenarios que podían acontecer al vencimiento del producto: a) la devolución del 100% del nominal, si ninguna de las acciones había cerrado por debajo del 60% del precio inicial; y b) la entrega de la acción con rentabilidad inferior, si alguna de las acciones había cerrado por debajo del 60% del precio inicial. Esta misma información se contenía en el resto de los correos electrónicos que el empleado del banco envió al Sr. Modesto antes de la contratación de los posteriores CFA.

En total, el Sr. Baltasar pudo tener una o dos reuniones presenciales con el Sr. Modesto .

El Sr. Modesto era administrador de dos sociedades mercantiles, dedicadas a la promoción inmobiliaria (Raitrara, S.A. y Trenelan, S.L.) y de la sociedad Jesum Dei, S.L., dedicada al alquiler de bienes inmuebles por cuenta ajena. También dirigía una gestoría fiscal, contable y laboral (Contabisa, S.L.) y fue durante un tiempo agente financiero del Banco de Andalucía (del grupo de Banco Popular), al menos, entre 2004 y 2007.

La Sra. Agueda , de la que no constan conocimientos financieros, con anterioridad a la adquisición de estos productos estructurados, había invertido en un fondo de riesgo, Fondo Eurovalor Mixto 70.

2. Modesto , María Inés y Agueda interpusieron la demanda que inicia este procedimiento, dirigida contra Banco Popular Español (luego Banco Santander), en la que pedía que se declarara la nulidad de los CFA contratados el 5 de diciembre de 2007, 27 de diciembre de 2007 y 3 de junio de 2008, así como de los precontratos que los precedieron y de los créditos que los acompañaron, porque fueron concertados con vicio en el consentimiento de los demandantes, en concreto, por error o dolo. Junto con la nulidad, pedía que, en su consecuencia, la demandada fuera condenada a devolver 2.100.000 euros, de las que se aplicarían 900.000 euros al pago de los créditos dispuestos, más los intereses, compensados con los cupones cobrados.

Subsidiariamente, se ejercitaba una acción de resolución de aquellos contratos por incumplimiento contractual, con un efecto o consecuencia equivalente; y, subsidiariamente, una acción de incumplimiento de obligaciones ligadas al asesoramiento y comercialización de los productos financieros, que también estaba vinculada a una petición de condena similar a las anteriores.

3. El juzgado de primera instancia estimó la acción ejercitada con carácter principal. Apreció que la comercialización de los CFA no se había realizado con la previa información necesaria sobre el producto y sus riesgos, y declaró la nulidad de los tres contratos de adquisición de CFA, así como los restantes contratos vinculados (precontratos y créditos). Y condenó a Banco Santander a devolver la suma de 2.100.000 euros a los demandantes, debiendo aplicarse 900.000 euros al pago de los créditos dispuestos, así como al pago de los intereses previa compensación con los cupones cobrados.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado y la Audiencia desestima el recurso. Ratifica las conclusiones alcanzadas por el juzgado de primera instancia: entiende que los productos financieros complejos fueron contratados sin que hubiera habido una previa información

suficiente del riesgo que entrañaban, no bastando la contenida en los emails remitidos y el propio contrato; y rechaza que el Sr. Modesto tuviera una formación y experiencia relevante en la contratación de estos productos financieros. Resta importancia a su actividad profesional, ligada a la gestoría y la actividad inmobiliaria, y tampoco le da importancia a que hubiera sido agente financiero del Banco de Andalucía

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el banco, quien formula su recurso casación sobre la base de un motivo.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo*. El motivo denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, así como de la jurisprudencia que los interpreta. Denuncia que "la sentencia recurrida declara la concurrencia de error invalidante del consentimiento sin que concurran los presupuestos exigidos", y que valora los hechos probados de manera contraria a los criterios establecidos por la jurisprudencia contenida en las sentencias 458/2014, de 8 de septiembre, 323/2015, de 30 de junio, 423/2018, de 4 de julio, 364/2018, de 15 de junio, y otras más que reseña en el encabezamiento de su recurso.

La infracción se habría producido porque la sentencia recurrida exige requisitos más restrictivos para "apreciar la excusabilidad de un error vicio en el consentimiento y declara la concurrencia de error invalidante del consentimiento sin que concurran los presupuestos necesarios para ello". La sentencia exige, para que no haya error, que los clientes tengan conocimientos específicos sobre los productos estructurados o hayan desempeñado cargos directamente relacionados con los productos estructurados. De tal forma que "(...) únicamente en demandas interpuestas por profesionales del sector financiero que hayan comercializado productos estructurados podría distinguirse la apreciación de la concurrencia de un error en el consentimiento a la hora de contratar".

En motivo impugna la valoración que la Audiencia hace del perfil y la experiencia del Sr. Modesto que: i) había sido agente financiero de Banco de Andalucía; ii) regentaba una asesoría fiscal y contable; había realizado compras y ventas de acciones de renta variable; y iii) había invertido un año antes en un CFA no litigioso (el del 2016) que le había proporcionado una importante rentabilidad (140.000 euros) y que no es objeto de reclamación en la demanda.

2. *Resolución del tribunal*. La cuestión suscitada por el recurso se enmarca en la acción de nulidad ejercitada por tres clientes que adquirieron conjuntamente tres CFA, junto con los contratos vinculados, por error vicio en el consentimiento.

No se discute que estos tres clientes fueran inversores minoristas, esto es, que no habían sido catalogados como inversores profesionales, ni reunían las condiciones legales para merecer tal catalogación.

Uno de los CFA objeto de impugnación se contrató el 5 de diciembre de 2007, antes de que fuera traspuesta la Directiva MiFID por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en los arts. 79 bis y concordantes de la LMV; otro es de 27 de diciembre de 2007, justo después de la aprobación de esta ley; y el otro es de 3 de junio de 2008, posterior incluso a la aprobación del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolló esa regulación legal.

Ya fuera de aplicación la normativa pre-MiFID o la MiFID, era exigible a la entidad que prestaba servicios de inversión, en este caso, al banco que comercializó los CFA a los demandantes, unos especiales deberes de información precontractual, en cuanto que debían prestar la información necesaria para que los demandantes pudieran conocer la naturaleza del producto y los riesgos que entrañaban.

En este caso, la contratación se hizo a través de uno de los demandantes, el Sr. Modesto , quien de *facto* asumió por los tres la relación con los empleados del banco (el Sr. Baltasar) e intervino directamente en la concertación de los tres CFA y los contratos vinculados. Consiguientemente, la información le fue suministrada a él, por el Sr. Baltasar . Y lo que se cuestiona ahora es si esta información era suficiente o no, a la vista de las circunstancias en que se concertaron los CFA y el perfil profesional del Sr. Modesto .

3. Conviene puntualizar que, en realidad, los demandantes habían concertado cuatro CFA: el primero, en diciembre de 2006, por un nominal de 800.000 euros, que fue cancelado el 27 de diciembre de 2007, cuando se concertó el tercero; el segundo, el 5 de diciembre de 2007, por un nominal de 100.000 euros, de los cuales 500.000 euros estaban apalancados por un crédito; el tercero, el 27 de diciembre de 2007, por un nominal de 800.000 euros, de los cuales, 400.000 euros estaban apalancados; y el cuarto, el 3 de junio de 2008, por un nominal de 300.000 euros.

No se impugna el primero, que cuando fue cancelado arrojo un rendimiento a favor de los demandantes de unos 140.000 euros. Se impugnan los otros tres CFA, posteriores, dos de los cuales estaban parcialmente apalancados.

4. Ha quedado acreditado que el Sr. Modesto recibió del Sr. Baltasar , unos días antes de la contratación de cada uno de estos CFA, un email en el que, entre otra información, se exponían los escenarios que podían acontecer al vencimiento del producto: i) la devolución del 100% del nominal, si ninguna de las acciones había cerrado por debajo del 60% del precio inicial; y ii) la entrega de la acción con rentabilidad inferior si alguna de las acciones había cerrado por debajo del 60% del precio inicial.

El segundo escenario era el principal riesgo que asumían los clientes, lo que estaba estrechamente vinculado o relacionado con los tres valores a los que se referenciaban los CFA.

De este modo, consta que esta información fue trasladada al Sr. Modesto antes de la contratación de cada uno de los tres CFA cuya nulidad se pide en la demanda.

En los contratos aparece, además de la una explicación sobre el funcionamiento del producto y los escenarios de liquidación, una advertencia expresa de que la pérdida sufrida podría alcanzar al 100% del importe de la liquidación.

5. Para valorar si la información suministrada era suficiente, a los efectos de poder apreciar si el Sr. Modesto contrató con error vicio, es preciso también atender a su experiencia profesional.

En principio, ser administrador de tres sociedades que se dedicaban a la inversión inmobiliaria y a la explotación de inmuebles, por sí solo no es determinante de que el Sr. Modesto tuviera conocimientos suficientes para comprender los productos financieros que contrató. Tampoco es suficiente, por sí mismo, regentar una gestoría fiscal, laboral y contable, aunque lógicamente algo contribuye. Pero unido a lo anterior, puede tener relevancia que el Sr. Modesto , cuando comenzó la contratación de los CFAs, fuera agente financiero del Banco de Andalucía, entidad vinculada al Banco Popular, con el que contrató los CFA.

6. Como en el caso resuelto por la sentencia 356/2023, de 8 de marzo, también aquí es posible advertir que el reseñado perfil profesional del inversor y las circunstancias de la inversión (con la asunción del riesgo de apalancarse en una operación de alto valor económico que podía comprometer gravemente su patrimonio), ponen de manifiesto que el Sr. Modesto estaba en condiciones de conocer el riesgo que implicaba esa contratación, al margen de que por la experiencia reciente, de los rendimientos obtenidos con el primer CFA, no valorara suficientemente la gravedad de ese riesgo. Pero esto último no sería debido al déficit de información, sino al exceso de confianza con que algunas personas asumen sus inversiones financieras, guiados por una experiencia próxima positiva.

En casos similares a este, por el perfil de los inversores y las elevadas inversiones con apalancamiento (sentencias 558/2019, de 23 de octubre, y 356/2023, de 8 de marzo), concluimos que los inversores debían ser conscientes de que se trataba de contratos de naturaleza aleatoria en los que existía el riesgo de pérdidas importantes, cuando decidieron arriesgar cantidades tan importantes pese a la existencia de esos riesgos, que se acrecentaban en el caso de las inversiones apalancadas, que también quedaban sujetos al resultado de la inversión. Y advertimos que el hecho de que una inversión sea desfavorable no convierte el producto financiero en inadecuado para esos inversionistas, ni determina la existencia de un error invalidante del consentimiento cuando hubo consciencia de qué se estaba contratando y qué riesgos se estaban asumiendo. Y advertíamos que: "La ecuación "inversión con pérdidas = inversión inadecuada" no es correcta, porque supone transformar la obligación de asesoramiento, que es una obligación de medios, en una obligación de resultado, que asegure la obtención de los rendimientos esperados por el cliente, lo que no responde a la naturaleza jurídica del contrato de inversión, incluso cuando conlleva la prestación de asesoramiento".

7. En consecuencia, procede estimar el motivo de casación, casar la sentencia de apelación y, en su lugar, sobre la base de lo argumentado, estimar el recurso de apelación y desestimar la acción ejercitada con carácter principal de nulidad por error vicio.

También desestimamos las acciones ejercitadas de forma subsidiaria. La acción de resolución del contrato por incumplimiento, porque resultaba improcedente de acuerdo con la jurisprudencia (contenida en la sentencia de pleno, 491/2017, de 13 de septiembre, y reiterada con posterioridad, entre otras por la sentencia 490/2022, de 21 de junio):

"en la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento".

Tampoco procede la acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de las obligaciones de la entidad que comercializó estos tres productos financieros complejos, porque el presupuesto de la acción, que es el incumplimiento de estos deberes de información, ha quedado desvirtuado al apreciarse que la información suministrada se adecuaba a lo que cabía considerarse razonable para que el Sr. Modesto , con su perfil y experiencia, estuviera en condiciones de conocer el producto y sus concretos riesgos.

TERCERO. *Costas*

1. La estimación del recurso de casación conlleva que no impongamos las costas que podría generar este recurso (art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La estimación del recurso de apelación de la demandada también justifica que no hagamos expresa condena en costas, en aplicación del art. 398.2 LEC, en la redacción vigente cuando se inició el procedimiento.

3. La desestimación de la demanda conlleva la imposición a los demandantes de las costas de primera instancia (art. 394 LEC).

F A L L O

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 por Banco Santander, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 20 de mayo de 2019 (rollo 322/2019), que casamos y dejamos sin efecto.

2.º Estimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid de 20 de noviembre de 2018 (juicio ordinario 844/2016), que modificamos en el siguiente sentido.

3.º Desestimar todas las pretensiones ejercitadas por Modesto , María Inés y Agueda contra Banco Popular Español, S.A. (en la actualidad, Banco Santander).

4.º No hacer expresa condena de las costas de los recursos de casación y de apelación.

5.º Imponer las costas de la primera instancia a la parte demandante.

6.º Acordar la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese a la Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ