



Roj: **STS 3247/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3247**

Id Cendoj: **28079119912017100027**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **13/09/2017**

Nº de Recurso: **242/2015**

Nº de Resolución: **491/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: **242/2015**

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 491/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 13 de septiembre de 2017.

Esta sala ha visto, en Pleno, el recurso de casación interpuesto por D.^a Ana, representada por el procurador D. Carlos Badía Martínez y bajo la dirección letrada de D. Miquel Masramón Ordís, contra la sentencia núm. 399/2014, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 414/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 438/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Kutxabank S.A., representada por la procuradora D.^a Ana Prieto Lara-Barahona y bajo la dirección letrada de D. Ramón Revuelta García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*



1.- El procurador D. Carlos Badía Martínez, en nombre y representación de D.^a Ana , interpuso demanda de juicio ordinario contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (La Kutxa) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«1. Declare la nulidad del contrato de depósito o administración de valores firmado entre las partes el día 23 de octubre de 2006 y condene a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPUZCOA y SAN SEBASTIAN (KUTXA) al pago de la cantidad de cuarenta y un mil trescientos treinta y cinco euros con veintitrés céntimos (41.335,23 €) correspondiente a la suma indebidamente invertida y al pago de los intereses devengados desde la fecha en que se requirió la devolución del capital, con expresa imposición de las costas causadas.

»2. Subsidiariamente, declare resuelto el contrato de depósito o administración de valores firmado entre las partes el día 23 de octubre de 2006 y condene a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPUZCOA y SAN SEBASTIAN (KUTXA) al pago de la cantidad de cuarenta y un mil trescientos treinta y cinco euros con veintitrés céntimos (41.335,23 €) correspondiente a la suma indebidamente invertida y al pago de los intereses devengados desde la fecha en que se requirió la devolución del capital, con expresa imposición de las costas causadas».

2.- La demanda fue presentada el 2 de marzo de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona, fue registrada con el núm. 483/2012 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La parte demandada fue declarada en situación de rebeldía procesal al no haber contestado a la demandada dentro del plazo legal establecido. Sin perjuicio de lo cual, se personó con posterioridad el procurador D. Jaume Romeu Soriano, en nombre y representación de la entidad demandada.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona dictó sentencia núm. 111/2013, de 11 de junio , con el siguiente fallo:

«Que estimo la demanda presentada por el procurador Sr. Badía Martínez, en nombre y representación de D.^a Ana contra la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Guipuzkoa Donostia Kutxa) y, declarando caducada la acción de nulidad planteada, de acuerdo con lo interesado en el suplico de la demanda con carácter subsidiario declaro resuelto el contrato de depósito o administración de valores firmado entre las partes el día 23 de octubre de 2006 por incumplimiento del mismo por la entidad demandada, y condeno a la referida entidad a estar y pasar por tal declaración y a pagar a la Sra. Ana , la cantidad de CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS (41.335,23 €) de principal, más los intereses legales devengados por dicha cantidad desde la fecha de presentación de la demanda. Y todo ello debiendo cada parte asumir las costas causadas a su instancia».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 414/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 19 de noviembre de 2014 , cuyo fallo dispone:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por parte de la representación de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPUZCOA Y SAN SEBASTIAN, KUTXABANK SA contra la Sentencia de 11 de junio de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona en el curso del procedimiento ordinario nº 438/2012, de los que el represente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la indicada resolución y, en su lugar, desestimando la demanda presentada por la representación procesal de Ana contra la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPUZCOA Y SAN SEBASTIAN, KUTXABANK SA debemos absolver y absolvemos a la demandada de referencia de la pretensión formulada en su contra, todo ello sin efectuar especial imposición de las costas causadas en ambas instancias».

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

1.- El procurador D. Carlos Badía Martínez, en representación de D.^a Ana , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron: «Primero.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , error en la valoración de la prueba. »Segundo.- Error en la valoración de la prueba: Informe de la CNMV». El motivo del recurso de casación fue: «Único.- Infracción de la doctrina jurisprudencial que define el alcance del deber de información de las entidades financieras recogido en el art. 78 de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 4 , 5 y 6 del R.D. 629/1993 y art. 5 de su Anexo». 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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en



el encabezamiento, se dictó auto de fecha 25 de enero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue: «1º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Dª Ana contra la sentencia dictada, con fecha 19 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), en el rollo de apelación 414/2013, procedente de los autos de juicio ordinario número 438/2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona. »2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la misma parte. »3º) Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, quien perderá el depósito constituido respecto de dicho 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 3 de abril de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de mayo de 2017. No obstante, a propuesta de la sala de justicia, se acordó que el conocimiento del asunto pasara al Pleno y se señaló para el día 12 de julio, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 23 de octubre de 2006, Dña. Ana suscribió con la entidad Kutxa, Caja Guipúzcoa San Sebastián (actualmente, Kutxabank S.A.), un contrato de depósito y administración de valores. A resultas de lo cual, en la misma fecha, se abrió a su nombre una cuenta de valores.

2.- El 26 de octubre siguiente, la Sra. Ana adquirió en dicha entidad 40.000 títulos de bonos (preferentes) Landsbanki Island, con un nominal de 40.000 €. Al tiempo, suscribió un documento con el siguiente tenor literal:

«Barcelona, 23 de octubre de 2006. Sra. Ana manifiesta mediante este documento conocer y aceptar las condiciones de las emisiones de renta fija depositadas en la cuenta de valores NUM000. En dichas emisiones concurren los siguientes riesgos inherentes a la renta fija, de crédito, de tipo de interés y de liquidez».

3.- En noviembre de 2006, la inversora percibió un rendimiento de 530,32 €. Durante todo el año 2007 y los tres primeros trimestres de 2008, percibió 511,61 € trimestrales. A partir de noviembre de 2008, la inversión dejó de producir rentabilidad y la Sra. Ana no volvió a recibir retribución alguna, ni logró que se le devolviera el dinero invertido, pese a las reclamaciones efectuadas a tal efecto a la caja.

4.- Dña. Ana formuló una reclamación ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que fue contestada el 3 de mayo de 2010.

5.- Entre 1993 y el 15 de febrero de 2006, Dña. Ana fue cliente de una agencia de valores, denominada Qrenta, con la que negoció diversos productos financieros, como depósitos, bonos, acciones y OPV. En la adquisición de las participaciones preferentes intervino una antigua empleada de dicha agencia de valores.

6.- La Sra. Ana interpuso una demanda contra la Caja de Ahorros, en la que solicitó la nulidad del contrato de depósito y administración de valores de 23 de octubre de 2006; y subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada. En ambos casos, con restitución recíproca de las prestaciones.

7.- La sentencia de primera instancia desestimó la acción de nulidad, por considerarla caducada, y estimó la de resolución contractual, condenando a la demandada a abonar a la actora 41.335,23 €, con sus intereses legales.

8.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, la Audiencia Provincial lo estimó. En resumen, consideró que la demandante tenía experiencia inversora y que acudió a la entidad acompañada por una antigua empleada de la agencia de valores con la que había mantenido relaciones durante años, y solicitó expresamente la adquisición de títulos de Landsbanki, por lo que asumió conscientemente un riesgo asociado a la alta rentabilidad que, en esas fechas, ofrecían los mencionados títulos.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad del recurso.*

1.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se funda en un único motivo, en el que se denuncia la infracción del art. 78 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV) y de los arts. 4, 5 y 6 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores, así como el art. 5 de su anexo. Cita como sentencias infringidas las SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014; y 458/2014, de 8 de septiembre.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la obligación de información del banco procede tanto de la naturaleza del producto financiero como de la forma en que fue ofrecido al cliente. Y aduce que la Audiencia Provincial no ha valorado de manera jurídicamente correcta que la persona que acompañó a la recurrente cuando realizó la inversión era comisionista de la entidad financiera. Así como que, en ningún



caso quedaba relevada la entidad de sus obligaciones legales de información. Como consecuencia de lo cual, solicitó que se casara la sentencia recurrida y se confirmara la de primera instancia.

3.- El motivo resulta admisible, por cuanto identifica las normas jurídicas que considera vulneradas por la sentencia recurrida y justifica debidamente el interés casacional. Por lo que no incurre en causas absolutas de inadmisibilidad, sin perjuicio de lo que proceda resolver sobre su estimación o desestimación.

TERCERO.- *Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la formación del consentimiento. Régimen de ineficacia del contrato. Procedencia de la acción de anulabilidad, o de la de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, pero no de la de resolución contractual.*

1.- Según hemos afirmado con reiteración, existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. Lo que en el caso concreto de la comercialización de participaciones preferentes se ha mantenido en las sentencias de esta sala 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 489/2015, de 16 de septiembre ; 102/2016, de 25 de febrero ; 603/2016, de 6 de octubre ; 605/2016, de 6 de octubre ; 625/2016, de 24 de octubre ; 677/2016, de 16 de noviembre ; 734/2016, de 20 de diciembre ; y 62/2017, de 2 de febrero. **2.-** No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por 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.

Respecto del error, dijimos en la sentencia 479/2016, de 13 de julio :

«1.- En relación con las consecuencias de la inobservancia de las exigencias de información previstas en la normativa MiFID, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 - asunto C-604/11 , Genil 48, S.L. y Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A., estableció que habrá que estar a lo previsto al efecto en los ordenamientos internos de los Estados miembros, al decir lo siguiente: «56. Mediante sus cuestiones segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, cuáles son las consecuencias contractuales que debe conllevar la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio en materia de inversión, de las exigencias de evaluación previstas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 . »57. A este respecto, procede señalar que, si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias. Pues bien, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C-591/10 , Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada). »58. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , respetando los principios de equivalencia y efectividad». 2.- Dada dicha remisión a nuestro ordenamiento jurídico, es cierto, como se afirma en el recurso, que es inconcuso doctrinal y jurisprudencialmente que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento (en este caso, por inexistencia de información suficiente al cliente) debe dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución. Además de en las sentencias de esta Sala que se invocan en el recurso (14 de junio de 1988 , 20 de junio de 1996 , 21 de marzo de 1986 , 22 de diciembre de 1980 , 11 de noviembre de 1996 , 24 de septiembre de 1997), lo hemos dicho más recientemente en la sentencia núm. 654/2015 , de 19 de noviembre: «No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal , debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento». Y en cuanto a los daños y perjuicios por incumplimiento, dijo la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre: «5.- En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre , 397/2015, de 13 de julio , y la 398/2015, de 10 de julio , ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en



qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales «constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero. »En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes. »De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión. »6.- Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión». **3.-** Es decir, aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual. **4.-** Como consecuencia de lo cual, al haber quedado firme el pronunciamiento relativo a la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento y ser únicamente objeto de este recurso de casación la acción de resolución contractual por incumplimiento, el recurso ha de ser desestimado.

CUARTO.- Costas y depósitos. 1.- Al haberse desestimado el recurso de casación, deben imponerse a la recurrente las costas por él generadas, a tenor de los arts. 394.1 y 398.1 LEC. **2.-** Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, 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-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Ana contra la sentencia núm. 399/2014, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 414/2013. **2.º-** Condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación. 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.