



Roj: **STS 170/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:170**

Id Cendoj: **28079110012019100060**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2019**

Nº de Recurso: **1932/2016**

Nº de Resolución: **62/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4350/2016,**
STS 170/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 62/2019

Fecha de sentencia: 31/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **1932/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: **1932/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 62/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 31 de enero de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid. El recurso fue interpuesto por Magdalena e Mariana , representadas por el procurador Ramiro Reynolds Martínez. Es parte recurrida la entidad Caixabank, S.A., representada por la procuradora Adela Cano Lantero.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Ramiro Reynolds Martínez, en nombre y representación de Magdalena Mariana , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid, contra la entidad Banco Barclays S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"1º.- Se acuerde la nulidad de las órdenes de compra suscritas por D.ª Magdalena , conforme a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito, obligando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia, condene a la misma al pago de 677.561,34 euros, con entrega por esta parte de los productos financieros acompañados como Documento nº 12, así como al pago de los intereses contados desde la fecha de presentación de reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la demandada (21 de octubre de 2011) y las costas procesales derivadas de este proceso.

"2º.- Se acuerde la nulidad de las órdenes de compra suscritas por D.ª Mariana , conforme a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito, obligando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia, condene a la misma al pago de 127.841,34 euros, con entrega por esta parte de los productos financieros acompañados como Documento nº 13, así como al pago de los intereses contados desde la fecha de presentación de reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la demandada (21 de octubre de 2011) y las costas procesales derivadas de este proceso.

"Subsidiariamente,

"1.- Se solicita que se declare el incumplimiento por parte de Barclays S.A. de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los Productos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda de conformidad con el art. 1124 del Código Civil y, se declara la resolución de dichos contratos referidos en el Hecho Primero de la presente demanda, con resarcimiento a:

"D.ª Magdalena , de los daños y el abono de intereses que se concretan en la devolución de las pérdidas sufridas (677.561,34 euros), en concreto, más intereses contados desde la fecha de presentación de reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la demandada (21 de octubre de 2011) y las costas procesales derivadas de este proceso.

"D.ª Mariana , de los daños y el abono de intereses que se concretan en la devolución de las pérdidas sufridas (127.841,34 euros), en concreto, más intereses contados desde la fecha de presentación de reclamación ante el Servicio de Atención al cliente de la demandada (21 de octubre de 2011) y las costas procesales derivadas de este proceso.

"2.- Se solicita que, en caso de no considerarse lo anterior, se declare que Barclays, S.A., ha sido negligente en el cumplimiento de sus deberes de diligencia, lealtad e información como prestador de servicios de inversión en las ventas asesoradas del Producto en los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda y al amparo de lo establecido en el 1101 Código Civil, se condene a indemnizar a:

"D.ª Magdalena , de los daños y el abono de intereses que se concretan en la devolución de las pérdidas sufridas (677.561,34 euros), en concreto, más intereses contados desde la fecha de presentación de reclamación ante el Servicio de Atención al cliente de la demandada (21 de octubre de 2011) y las costas procesales derivadas de este proceso.

"D.ª Mariana , de los daños y el abono de intereses que se concretan en la devolución de las pérdidas sufridas (127.841,34 euros), en concreto, más intereses contados desde la fecha de presentación de reclamación ante el Servicio de Atención al cliente de la demandada (21 de octubre de 2011), y las costas procesales derivadas de este proceso.

"3.- Finalmente, se solicita de que en caso de no considerarse lo anterior, se declare que Barclays S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente



como asesor de inversiones y al amparo de lo establecido en el artículo 1101 del Código Civil , se le condene a indemnizar a:

"D.^a Magdalena , de los daños y el abono de intereses que se concretan en la devolución de las pérdidas sufridas (677.561,34 euros), en concreto, más intereses contados desde la fecha de presentación de reclamación ante el Servicio de Atención al cliente de la demandada (21 de octubre de 2011) y las costas procesales derivadas de este proceso.

"D.^a Mariana , de los daños y el abono de intereses que se concretan en la devolución de las pérdidas sufridas (127.841,34 euros), en concreto, más intereses contados desde la fecha de presentación de reclamación ante el Servicio de Atención al cliente de la demandada (21 de octubre de 2011) y las costas procesales derivadas de este proceso".

2. La procuradora Adela Cano Lantero, en representación de la entidad Barclays Bank S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representada de la totalidad de los pedimentos de la misma, con imposición de costas a la actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

"Fallo: Que estimando la demanda formulada por Doña Magdalena y Doña Mariana , representadas por el procurador de los tribunales don Ramiro Reynolds Martínez y dirigidas por el letrado don Luis Fernando Domínguez Fuentes, contra Barclays Bank S.A. representada por el Procurador Doña Adela Cano Lantero y asistida del letrado doña Rosa Ana Viejo González y don Jaime de San Román Menéndez, debo declarar y declaro la nulidad de las órdenes de compra suscritas por Doña Magdalena , condenando a la demandada al pago de 616.611,66 euros por las pérdidas sufridas por dicha demandante, con la consiguiente obligación de entrega, por parte de la señora Mariana , de los productos financieros acompañados como documento nº 12 de la demanda.

"Igualmente procede declarar la nulidad de las órdenes de compra suscritas por Doña Mariana , condenando a la demandada al pago de 127.841,34 euros, con entrega, por dicha demandante, de los productos financieros acompañados como documento nº 13 de la demanda.

"Las cantidades mencionadas habrán de ser incrementadas con los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda y hasta su completo pago y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Caixabank, S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 7 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Cano Lantero contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez titular del Juzgado de 1.^a Instancia nº 5 de Madrid de fecha 22 de julio de 2015 en autos de juicio ordinario nº 833/14 debemos revocar y revocamos parcialmente la misma y en su consecuencia, estimando parcialmente la demanda en su día formulada debemos declarar y declaramos la nulidad de las órdenes de compra suscritas por D.^a Magdalena en relación con el Bono Autocancelable Fortis, BNP, BBVA de fecha 7 de enero de 2008, Bono Autocancelable RBS, BBVA, Santander cupón 37% y Bono Autocancelable Repsol, Telefónica Iberdrola, cupón 20%, declarando caducada la acción de nulidad ejercitada en relación con los bonos HBOs Treasury, suscrito el 29 de marzo de 2005 y cancelado el 28 de diciembre de 2007, y Bono Autocancelable Ferrovial Telefónica suscrito el 27 de junio de 2007 y cancelado el 17 de marzo de 2008, condenando a la demandada al pago a tal actora de la suma de 450.861,66.-€ más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los del art. 576 LEC desde la de esta sentencia.

"Y de igual modo debemos declarar y declaramos la nulidad de las órdenes de compra suscritas por D.^a Mariana en relación con el Bono Autocancelable RBS, BBVA Santander cupón 37%, declarando caducada la acción ejercitada en relación con los bonos Barclays Bank PLC Variable cancelado el 27 de diciembre de 2007 y el Bono Autocancelable Ferrovial Telefónica suscrito el 22 de junio de 2007 y cancelado el 17 de marzo de 2008, condenando a la demandada al pago a tal actora de la suma de 59.531.- € más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los del artº. 576 LEC desde la de esta sentencia.



"Desestimando en relación con las operaciones cuya caducidad de la acción de nulidad se ha declarado, la acción resolutoria e indemnizatoria subsidiariamente formuladas.

"Todo ello sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ninguna de ambas instancias. Con devolución del depósito constituido".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Ramiro Reynolds Martínez, en representación de Magdalena e Mariana , interpuso recurso de casación ante la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 1301 del Código Civil y jurisprudencia sobre la caducidad de la acción de nulidad contractual por vicio en el consentimiento.

"2º) Infracción del art. 1544 del Código Civil".

2. Por diligencia de ordenación de 31 de mayo de 2016, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.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 Magdalena e Mariana , representadas por el procurador Ramiro Reynolds Martínez; y como parte recurrida la entidad Caixabank, S.A., representada por la procuradora Adela Cano Lantero.

4. Esta sala dictó auto de fecha 12 de septiembre de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Magdalena y doña Mariana contra la sentencia dictada el 7 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª) en el rollo n.º 120/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 833/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Caixabank, S.A., 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 17 de enero de 2019, 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.

Magdalena adquirió de Barclays Bank los siguientes bonos:

El 27 de marzo de 2005, bono Hbos Treasury, por un importe de 430.900 euros, que fue liquidado el 28 de diciembre de 2007, con una pérdida de 73.100 euros.

El 22 de junio de 2007, bono autocancelable Ferrovial, por un importe de 250.000 euros, que fue liquidado el 28 de diciembre de 2007, con una pérdida de 84.700 euros.

En enero de 2008, bono autocancelable Fortis, por un importe nominal de 350.000 euros.

En marzo de 2008, bono autocancelable RBS, BBVA, Santander CUP 37%, por un importe nominal de 165.000 euros, que fue amortizado el 8 de abril de 2013, con una pérdida de 148.828,35 euros.

El 28 de mayo de 2008, bono autocancelable Repsol, Telefónica e Iberdrola, por un importe nominal de 40.000 euros, que fue amortizado el 30 de mayo de 2008, con una pérdida de 20.882,89 euros.

Mariana adquirió de Barclays Bank los siguientes bonos:

En marzo de 2005, bono Barclays PLC Variable, por un importe de 150.000 euros, que fue liquidado el 27 de diciembre de 2007, con una pérdida de 34.410 euros.

En marzo de 2005, bono autocancelable Ferrovial, por un importe de 100.000 euros, que se liquidó el 17 de marzo de 2008, con una pérdida de 33.900 euros.

En marzo de 2008, bono autocancelable RBS, BBVA, Santander CUP 37%, por un importe de 66.000 euros, que fue amortizado el 8 de abril de 2013 con una pérdida de 59.31 euros.



No consta la información facilitada en cada caso a las dos clientes, antes de la contratación de cada uno de estos productos. Magdalena e Mariana se limitaron a seguir las recomendaciones de su asesor de banca personal (empleado del banco demandado), bajo el entendimiento de que el capital estaba garantizado.

2. Magdalena e Mariana interpusieron una demanda contra Banco Barclays, S.A. en la que con carácter principal ejercitaban una acción de nulidad de las ordenes de adquisición de los reseñados bonos por error vicio del consentimiento, en la medida en que las adquirentes no fueron informadas de las características de los productos y de sus riesgos. Consecuencia de la nulidad, se pedía la condena del banco demandado a restituir 677.561,34 euros a Magdalena y 127.841,34 euros a Mariana .

Subsidiariamente, al amparo del art. 1124 CC , se ejercitaba una acción de resolución de contrato por incumplimiento por el banco de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los productos financieros objeto de la demanda. Consecuencia de la resolución, se pedía de restitución de las cantidades pérdidas: a Magdalena , 677.561,34 euros; y a Mariana , 127.841,34 euros.

Subsidiariamente, al amparo del art. 1101 CC , se ejercitaba una acción de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el negligente cumplimiento por el banco de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los productos financieros objeto de la demanda. La indemnización se corresponde con las pérdidas sufridas por las demandantes: Magdalena , 677.561,34 euros; e Mariana , 127.841,34 euros.

Subsidiariamente, y también al amparo del art. 1101 CC , se ejercitaba una acción de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la negligencia del banco en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como asesor de inversiones. La indemnización se corresponde con las pérdidas sufridas por las demandantes: Magdalena , 677.561,34 euros; e Mariana , 127.841,34 euros.

3. La sentencia de primera instancia estimó la primera acción de nulidad por error vicio, como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información en la comercialización de estos productos financieros complejos, y acordó la consiguiente restitución de prestaciones, que se traducía entre otros efectos en la restitución a Magdalena de 677.561,34 euros y a Mariana de 127.841,34 euros.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco. La Audiencia estima en parte el recurso. Aprecia la caducidad de la acción de nulidad respecto de los siguientes bonos: Hbos Treasury y autocancelable Ferrovial, adquiridos por Magdalena , que fueron liquidados el 28 de diciembre de 2007 y el 17 de marzo de 2008, respectivamente, fechas en que debía comenzar a computarse el plazo de caducidad de cuatro años, pues cuando menos desde entonces la demandante pudo conocer el perjuicio sufrido con cada uno de esos productos financieros; y Barclays PLC Variable y autocancelable Ferrovial adquiridos por Mariana , que fueron liquidados el 27 de diciembre de 2007 y el 17 de marzo de 2008, respectivamente, fechas en que debía comenzar a computarse el plazo de caducidad de cuatro años, pues cuando menos desde entonces la demandante pudo conocer el perjuicio sufrido con cada uno de esos productos financieros.

Y desestima la acción de responsabilidad civil contractual porque se fundaba en el incumplimiento de unas obligaciones o deberes legales que no estaban vigentes, ya que la contratación fue anterior a la entrada en vigor de la Ley 47/2007; y, también, porque la demanda "no ha concretado qué obligaciones se incumplieron por la demandada, obligaciones que además no resultan de un vinculo contractual vigente, condición precisa para la aplicación de la facultad resolutoria contractual en obligaciones recíprocas ex art. 1124 CC " .

Respecto del resto de los productos financieros no aprecia la caducidad de la acción de nulidad y confirma la estimación de esta acción, al ratificar que existió un defecto de información en la comercialización de los bonos y condenó al banco a restituir 450.861,66 euros a Magdalena y 59.531 euros a Mariana .

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por las demandantes, que impugnan los pronunciamientos de la sentencia referidos a los bonos respecto de los que se aprecia la caducidad de la acción de nulidad y se desestiman las acciones de resolución por incumplimiento y de responsabilidad civil contractual.

SEGUNDO. *Motivo primero de casación*

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia la infracción del art. 1301 CC y la jurisprudencia aplicable al caso sobre la caducidad de la acción de nulidad del contrato por vicio en el consentimiento.

En el desarrollo del motivo se razona que la contratación de los bonos que han sido objeto de la acción de nulidad formaban una suerte de contrato de tracto sucesivo: "en concreto, varias adquisiciones asesoradas de diferentes productos inversores, en diferentes tiempos, pero una sola inversión y, además, bajo el asesoramiento reconocido, que no ha estimado la sentencia de la sección 18ª de la Audiencia". Sobre la base de esta apreciación, y de acuerdo con la jurisprudencia contenida en la sentencia de 12 de enero de 2015 , el



recurso entiende que el plazo de caducidad debía comenzar a computarse desde el vencimiento del último bono.

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

2. Desestimación del motivo primero . El motivo se funda en que más que diferentes contratos de adquisición de bonos, concertados entre las demandantes y el banco demandado, en realidad existió un contrato de tracto sucesivo, con el consiguiente efecto de que sólo al vencimiento del último bono podía empezar a computarse el plazo de caducidad del art. 1301 CC .

El motivo parte de una premisa errónea, pues no ha existido un único contrato de tracto sucesivo que ligara a cada una de las demandantes con el banco, sino diferentes contratos, tantos como productos financieros fueron adquiridos.

En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo , caracterizamos los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".

En nuestro caso, no existe un único contrato del cual van emanando obligaciones sucesivas en el tiempo, sino que, sin perjuicio de la relación de asesoramiento que pudiera existir entre el banco y sus clientes, se fueron perfeccionando diferentes contratos, tantos como ordenes de adquisición se hicieron, de forma que las consecuencias jurídicas derivadas de cada adquisición son fruto o efecto de ese concreto contrato de adquisición. De suerte que respecto de cada una de estas adquisiciones debe juzgarse si el consentimiento de las clientes adquirentes estaba o no viciado por error, y el plazo de caducidad de la acción de nulidad debe computarse, como hace la Audiencia, en relación con cada una de estas adquisiciones.

Es claro y no lo discute el recurrente, que las acciones que la Audiencia declara caducadas se refieren a bonos amortizados el 27 de diciembre de 2007, 28 de diciembre de 2007 y 17 de marzo de 2008, y que a partir de ese momento las adquirentes de cada uno de los bonos afectados supo en qué consistió la pérdida sufrida. Cuando menos sería a partir de entonces que, conforme a la jurisprudencia de la sala, debería comenzar a computarse el plazo de caducidad de cuatro años para la acción de nulidad. Como quiera que la demanda fue interpuesta transcurrido el plazo de cuatro años desde las reseñadas fechas de amortización de los bonos, debemos confirmar que la decisión de la Audiencia de apreciar la caducidad de la acción se acomoda a la correcta interpretación del art. 1301 CC .

TERCERO. Motivo segundo de casación

1. Formulación del motivo segundo . El motivo denuncia la infracción del art. 1544 CC y la jurisprudencia aplicable al asunto.

En el desarrollo del motivo razona que en la demanda "se ejercitaba acción de nulidad por cada una de las actoras y, subsidiariamente, acciones de resolución contractual a tenor del artículo 1124 y dos acciones indemnizatorias, con devolución de prestaciones e intereses que no estaban ni están prescritas de modo alguno".

Y advierte que "es incierto que no existiera asesoramiento (continuo y con pago del referido servicio nunca negado por la demandada) y ha quedado acreditado que el banco era conocedor de que las actoras no eran expertas en inversiones, estando siempre asesoradas en éstas por don Paulino y otros empleados, habiendo hecho la demandada dejación de las obligaciones que le incumbían al no haber informado a sus clientes de la pérdida de valor de sus inversiones (pues no fue hasta el recibo del extracto de diciembre de 2008 cuando aparecieron los valores reales de los productos en que se había invertido)..."

Ese asesoramiento es enmarcado por el recurrente en una relación de arrendamiento.

En el suplico del recurso reitera la petición de resolución por incumplimiento de obligaciones del banco demandado y, subsidiariamente, de indemnización de daños y perjuicios, ya sea basado en el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la venta de los productos, ya sea basado en el cumplimiento negligente de las obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente.

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

2. Estimación del motivo segundo . En cuanto a la resolución por incumplimiento contractual prevista en el art. 1124 CC , tiene razón la sentencia recurrida cuando argumenta que no cabe ejercitar esta acción respecto de



los contratos de adquisición de los bonos Hbos Treasury y autocancelable Ferrovial (adquiridos por Magdalena), y Barclays PLC Variable y autocancelable Ferrovial (adquiridos por Mariana), porque ya estaban liquidados. Esto es, no cabe instar la resolución de contratos por incumplimiento contractual, con posterioridad a que las partes hubieran resuelto cada uno de esos contratos de común acuerdo, mediante la liquidación de los bonos.

Además, como expusimos en nuestra sentencia 491/2017, de 13 de septiembre, el eventual incumplimiento de los deberes de información respecto de la naturaleza de los productos financieros complejos comercializados por una sociedad de prestación de servicios de inversión podría justificar la nulidad del contrato de adquisición por error vicio, pero no la resolución del contrato por incumplimiento, al amparo 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".

3. Sin embargo, sí procedía la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del art. 1101 CC, por el negligente cumplimiento por el banco de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los productos financieros objeto de la demanda.

Conforme a los hechos probados, los bonos adquiridos, que encerraban un elevado riesgo, fueron adquiridos por las demandantes bajo las recomendaciones de su asesor de banca personal (empleado del banco demandado), fiadas en que el capital estaba garantizado. Se aprecia un cumplimiento negligente de los deberes congénitos al asesoramiento en la adquisición de estos productos, pues a unas clientes que buscaban una inversión en que el capital estuviera garantizado, se les recomendó la adquisición de unos bonos que conllevaban un elevado riesgo de pérdida parcial del capital, sin ni siquiera informarles al respecto.

La jurisprudencia de esta sala, como recuerda la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores, reconoce que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero:

"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".

En estos casos, además de identificar este incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones de la empresa que presta servicios de inversión, debe haber una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable.

En el presente, el daño es la pérdida parcial del capital invertido en los reseñados bonos, determinada con sus respectivas liquidaciones. Estas pérdidas son la consecuencia natural del cumplimiento negligente del banco demandado, que obvió el interés de las clientes de realizar inversiones en las que el capital estuviera asegurado y les recomendó la contratación de unos bonos de alto riesgo, que se actualizó con la reseñadas pérdidas.

De tal forma que la estimación de la acción da lugar a la indemnización del perjuicio sufrido, representado por la suma de las pérdidas respecto del capital invertido en estos bonos: en el caso de Magdalena, 157.800 euros (73.100 euros del bono Hbos Treasury más 84.700 euros del bono autocancelable Ferrovial); y en el caso de



Mariana , 68.310 euros (34.410 euros del Barclays PLC Variable más 33.900 euros del bono autocancelable Ferrovial).

4. De tal forma que la estimación del recurso de casación supone la revocación en parte de la sentencia de apelación, pues queda sin efecto la desestimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios respecto de la adquisición de los productos financieros cuyas acciones de nulidad por error vicio estaban caducadas.

Procede en consecuencia reformular el fallo de la sentencia en el siguiente sentido:

Se confirma la nulidad por error vicio de la adquisición de los siguientes bonos por parte de Magdalena : bono autocancelable Fortis (enero de 2008), por un importe nominal de 350.000 euros; bono autocancelable RBS, BBVA, Santander CUP 37% (marzo de 2008), por un importe nominal de 165.000 euros, que fue amortizado el 8 de abril de 2013, con una pérdida de 148.828,35 euros; y bono autocancelable Repsol, Telefónica e Iberdrola (28 de mayo de 2008), por un importe nominal de 40.000 euros, que fue amortizado el 30 de mayo de 2008, con una pérdida de 20.882,89 euros. Y también se confirma la condena del banco demandado a pagar a la demandante la suma de 450.861,66 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

Se confirma la nulidad por error vicio de la adquisición, por parte de Mariana , del bono autocancelable RBS, BBVA, Santander CUP 37% (marzo de 2008), por un importe de 66.000 euros, que fue amortizado el 8 de abril de 2013 con una pérdida de 59.31 euros. Y también se confirma la condena del banco demandado al pago a la demandante de la suma de 59.531 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Se confirma la caducidad de la acción de nulidad por error vicio ejercitada respecto de la adquisición, por parte de Magdalena , de los siguientes bonos: Hbos Treasury (27 de marzo de 2005), por un importe de 430.900 euros, liquidado el 28 de diciembre de 2007, con una pérdida de 73.100 euros; y autocancelable Ferrovial (22 de junio de 2007), por un importe de 250.000 euros, liquidado el 28 de diciembre de 2007, con una pérdida de 84.700 euros.

Se confirma la caducidad de la acción de nulidad por error vicio ejercitada respecto de la adquisición, por parte de Mariana , de los siguientes bonos: Barclays PLC Variable (marzo de 2005), por un importe de 150.000 euros, liquidado el 27 de diciembre de 2007, con una pérdida de 34.410 euros; y autocancelable Ferrovial (marzo de 2005), por un importe de 100.000 euros, que se liquidó el 17 de marzo de 2008, con una pérdida de 33.900 euros.

Se confirma la desestimación de la acción de resolución de los contratos de adquisición por Magdalena de los bonos Hbos Treasury (27 de marzo de 2005) y el autocancelable Ferrovial (22 de junio de 2007); y también de los contratos de adquisición por Mariana de los bonos Barclays PLC Variable (marzo de 2005) y autocancelable Ferrovial (marzo de 2005).

Se estima la acción de responsabilidad del banco demandado, basada en el negligente cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada, a Magdalena , de los bonos Hbos Treasury (27 de marzo de 2005) y autocancelable Ferrovial (22 de junio de 2007), y a Mariana , de los bonos Barclays PLC Variable (marzo de 2005) y autocancelable Ferrovial (marzo de 2005). En su consecuencia, se condena al banco demandado a pagar a Magdalena una indemnización de 157.800 euros y a Mariana una indemnización de 68.310 euros, más los intereses legales devengados por ambas cantidades desde la reclamación judicial.

CUARTO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena de las costas generadas por el recurso (art. 398.2 LEC).

2. La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación en parte del recurso de apelación, por lo que tampoco procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

3. La estimación en parte del recurso de apelación ha supuesto la estimación en parte de las pretensiones ejercitadas por las partes en primera instancia, por lo que tampoco hacemos expresa condena en costas (art. 394 LEC).

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 en parte el recurso de casación interpuesto por Magdalena e Mariana contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18ª) de 7 de abril de 2016 (rollo 120/2016), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º Estimar en parte el recurso de parte interpuesto por Caixabank, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid de 22 de julio de 2015 (juicio ordinario 833/2014), en el siguiente sentido.

3.º Confirmar la nulidad por error vicio de la adquisición de los siguientes bonos por parte de Magdalena : bono autocancelable Fortis (enero de 2008), por un importe nominal de 350.000 euros; bono autocancelable RBS, BBVA, Santander CUP 37% (marzo de 2008), por un importe nominal de 165.000 euros, que fue amortizado el 8 de abril de 2013, con una pérdida de 148.828,35 euros; y bono autocancelable Repsol, Telefónica e Iberdrola (28 de mayo de 2008), por un importe nominal de 40.000 euros, que fue amortizado el 30 de mayo de 2008, con una pérdida de 20.882,89 euros. Y también se confirma la condena al banco demandado a pagar a la demandante la suma de 450.861,66 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

4.º Confirma la nulidad por error vicio de la adquisición, por parte de Mariana , del bono autocancelable RBS, BBVA, Santander CUP 37% (marzo de 2008), por un importe de 66.000 euros, que fue amortizado el 8 de abril de 2013 con una pérdida de 59.31 euros; así como la condena del banco demandado al pago a la demandante de la suma de 59.531 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

5.º Confirmar la caducidad de la acción de nulidad por error vicio respecto de la adquisición, por parte de Magdalena , de los siguientes bonos: Hbos Treasury (27 de marzo de 2005), por un importe de 430.900 euros, que fueron liquidados el 28 de diciembre de 2007, con una pérdida de 73.100 euros; y autocancelable Ferrovial (22 de junio de 2007), por un importe de 250.000 euros, que fue liquidado el 28 de diciembre de 2007, con una pérdida de 84.700 euros.

6.º Confirmar la caducidad de la acción de nulidad por error vicio respecto de la adquisición, por parte de Mariana , de los siguientes bonos: Barclays PLC Variable (marzo de 2005), por un importe de 150.000 euros, que fue liquidado el 27 de diciembre de 2007, con una pérdida de 34.410 euros; y autocancelable Ferrovial (marzo de 2005), por un importe de 100.000 euros, que se liquidó el 17 de marzo de 2008, con una pérdida de 33.900 euros.

7.º Confirmar la desestimación de la acción de resolución de los contratos de adquisición por Magdalena de los bonos Hbos Treasury (27 de marzo de 2005) y el autocancelable Ferrovial (22 de junio de 2007), y también de los contratos de adquisición por Mariana de los bonos Barclays PLC Variable (marzo de 2005) y autocancelable Ferrovial (marzo de 2005).

8.º Estimar la acción de responsabilidad del banco demandado, basada en el negligente cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada, a Magdalena , de los bonos Hbos Treasury (27 de marzo de 2005) y el autocancelable Ferrovial (22 de junio de 2007), y, a Mariana , de los bonos Barclays PLC Variable (marzo de 2005) y autocancelable Ferrovial (marzo de 2005). En su consecuencia, se condena al banco demandado a pagar a Magdalena una indemnización de 157.800 euros y a Mariana una indemnización de 68.310 euros, más los intereses legales devengados por cada una de estas cantidades desde la reclamación judicial.

9.º No hacer expresa condena respecto de los recursos de casación y de apelación, ni tampoco de las generadas en primera instancia, con devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

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

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

Así se acuerda y firma.