



Roj: **STS 3870/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3870**

Id Cendoj: **28079110012019100628**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2019**

Nº de Recurso: **2026/2017**

Nº de Resolución: **646/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 276/2017,**
STS 3870/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 646/2019

Fecha de sentencia: 28/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2026/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/11/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA SECCION N. 3

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2026/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 646/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



D. Juan Maria Diaz Fraile

En Madrid, a 28 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, representado por la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo, bajo la dirección letrada de D. José Manuel Martínez de Bedoya, contra la sentencia núm. 32/2017, de 2 de marzo, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 3433/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 5/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de San Sebastián. Ha sido parte recurrida D. Geronimo , representado por el procurador D. Javier Cifuentes Aranguren y bajo la dirección letrada de D.ª Natalia Puerta Sagarzazu.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Javier Cifuentes Aranguren, en nombre y representación de D. Geronimo , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"que DECLARE:

"- La resolución por incumplimiento del contrato u orden de compra de AFSE-EROSKI NUM000 objeto de este procedimiento con el resarcimiento de daños y abono de intereses consistente en la restitución recíproca de las prestaciones con el abono por el BBVA de la suma de 41.725 euros más los intereses legales de dicha suma desde el 09-07- 2007 hasta su pago y la restitución por el actor al BBVA de las AFSE y los intereses percibidos con el interés legal desde la fecha de los respectivos abonos.

"- Subsidiariamente se declare la obligación de BBVA de indemnizar los daños y perjuicios causados a la actora con el abono de la diferencia entre el valor de las AFSE el día de la ejecución y los 41.725 euros invertidos más los intereses legales de esta última cantidad desde el 09/07/2007 hasta el pago con restitución de los rendimientos obtenidos con sus intereses.

"- La imposición de las costas a la parte demandada."

2.- La demanda fue presentada el 22 de diciembre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de San Sebastián, se registró con el núm. 5/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Begoña Álvarez López, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Donostia dictó sentencia n.º 2002/2016, de 26 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Cifuentes, en representación de D. Geronimo , frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de las pretensiones frente a ellas dirigidas.

Se imponen a la parte actora las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Geronimo .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 3433/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 2 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Que estimando el recurso de Apelación presentado por el procurador D. Javier Cifuentes Aranguren en nombre y representación de D. Geronimo contra la sentencia de 26 de septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de S.S. debemos revocar y revocamos la misma y en su lugar declaramos:

"- La nulidad del contrato u orden de compra de las AFS de Eroski NUM000 , objeto de este procedimiento, con la obligación para ambas partes de devolverse recíprocamente las prestaciones recibidas de la contraria, con los pertinentes intereses legales desde el 9/07/2007, y de los respectivos abonos del banco desde sus fechas, amén de los pertinentes títulos.



Todo ello con expresa imposición de costas en la primera instancia y sin mención en a alzada".

3.- La parte apelante solicitó la rectificación de un error material del fallo de la anterior sentencia y la Audiencia Provincial dictó auto de rectificación en el sentido de que, donde decía nulidad del contrato, debía decir resolución del contrato.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Begoña Álvarez López, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción del art. 1124 del Código Civil, existiendo interés casacional, por oponerse a doctrina jurisprudencial de esta Exma. Sala".

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 8 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 2 de marzo de 2017 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera, en el rollo de apelación n.º 3433/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 5/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de San Sebastián".

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 7 de octubre de 2019 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 20 de noviembre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 9 de julio de 2007, D. Geronimo adquirió en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) obligaciones subordinadas de Eroski (O.AFSE Eroski NUM000) por importe de 41.725 €

La inversión ha generado ininterrumpidamente unos rendimientos no cuantificados con exactitud durante la tramitación del procedimiento.

2.- El Sr. Geronimo interpuso una demanda contra BBVA, en la que solicitó la resolución del contrato de adquisición de deuda subordinada; y subsidiariamente, que se declarase la responsabilidad contractual de la demandada y se la condenara a indemnizar al demandante en la diferencia entre el capital invertido y el valor de los títulos en el momento de ejecución de la sentencia, con deducción de los rendimientos obtenidos y abono de intereses.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar que no concurrían los presupuestos necesarios para dar lugar a ninguna de las dos acciones ejercitadas en la demanda.

4.- Recurrida la sentencia por la entidad demandada, fue revocada por la Audiencia Provincial, que estimó la acción principal ejercitada en la demanda, declaró resuelto por incumplimiento de la demandada el contrato de adquisición de los títulos y ordenó la restitución de las prestaciones.

5.- BBVA interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. 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*

Planteamiento:

1.- El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 1124 CC y cita como infringidas las sentencias de esta sala 479/2016, de 13 de julio; 654/2015, de 19 de noviembre; y 508/1996, de 20 de julio.

2.- En el desarrollo del motivo alega la parte recurrente, de manera resumida, que la única consecuencia jurídica posible que pudiera derivarse de un incumplimiento del deber legal de información en la comercialización de

productos financieros complejos sería la anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento, pero no la resolución del contrato.

Decisión de la Sala:

1.- La cuestión jurídica planteada en el recurso de casación fue resuelta por la sentencia de pleno de esta sala 491/2017, de 13 de septiembre; y sirvió como antecedente la sentencia 479/2016, de 13 de julio, cuya doctrina ha sido reiterada en ulteriores sentencias (verbigracia, 172/2018, de 23 de marzo, y 62/2019, de 31 de enero).

2.- Conforme a dicha jurisprudencia, ya consolidada, 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.

3.- Es decir, aun cuando se considere que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que el inversor 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 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, el recurso de casación ha de ser estimado.

TERCERO.- *Asunción de la instancia. Responsabilidad por incumplimiento contractual: daños y perjuicios*

1.- Al haberse estimado el recurso de casación y anularse la sentencia recurrida, este tribunal debe asumir la instancia y resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia desestimatoria de primera instancia.

2.- Aunque la acción principal ejercitada en la demanda, la de resolución contractual, era improcedente por las razones expuestas, como quiera que en la demanda también se ejercitó subsidiariamente una acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del art. 1101 CC, por el negligente cumplimiento por la entidad financiera de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los productos financieros litigiosos, la misma debe ser examinada.

3.- En las actuaciones no consta que la entidad demandada ofreciera información suficiente a los inversores sobre los productos adquiridos, que entrañaban un elevado riesgo, ni les advirtió de la verdadera naturaleza del producto y de sus riesgos. El empleado de la demandada que vendió el producto al demandante e intervino en el juicio como testigo reconoció que no le había advertido ni de la dificultad para revenderlo, ni de la posibilidad de pérdidas del valor nominal de los títulos.

Asimismo, tampoco consta más acervo documental que la propia orden de compra, de modo que no se entregó al inversor ninguna información escrita sobre los riesgos contraídos al contratar.

4.- La jurisprudencia de esta sala, como recuerdan las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 62/2019, de 31 de enero, y 249/2019, de 6 de mayo, 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, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión.



En tales 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.

5.- En el presente caso, los títulos adquiridos por el Sr. Geronimo se han depreciado, sin que hubiera sido informado de dicha posibilidad (riesgo). Por lo que se ha producido una pérdida patrimonial consistente en la diferencia entre el valor nominal de la inversión y el valor que tengan en la fecha de esta sentencia (momento en el que se materializa el perjuicio económico). A su vez, de la cantidad resultante, deberán detrarse los beneficios o rendimientos percibidos por el demandante desde la fecha de la inversión (sentencias 613/2017, de 16 de noviembre, y 81/2018, de 14 de febrero). Y la cantidad final devengará el interés legal (art. 1108 CC) desde la interpelación judicial (sentencias 549/2018, de 5 de octubre, y 143/2019, de 6 de marzo, entre otras).

6.- En consecuencia, descartada la acción resolutoria y concurriendo los elementos necesarios para la procedencia de la acción indemnizatoria, debe estimarse la pretensión ejercitada subsidiariamente en la demanda. Lo que supone la estimación en parte del recurso de apelación y la revocación de la sentencia de primera instancia.

CUARTO.- Costas y depósitos

1.- Al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.2 LEC.

2.- La estimación del recurso de apelación conlleva que tampoco deba hacerse expreso pronunciamiento sobre sus costas (art. 398.2 LEC).

3.- La estimación de la pretensión subsidiaria de la demanda supone que deban imponerse las costas de la primera instancia a la parte demandada, a tenor del art. 394.1 LEC.

4.- Asimismo, procede la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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 por BBVA S.A. contra la sentencia núm. 32/2017, de 2 de marzo (rectificada por auto de 29 de marzo siguiente), dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 3433/2016, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Geronimo contra la sentencia núm. 202/2016, de 26 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián, en el juicio ordinario núm. 5/2016, que revocamos.

3.º- Estimar la pretensión subsidiaria de la demanda formulada por D. Geronimo contra BBVA S.A., y condenar a la demandada a que indemnice al demandante, en los términos expresados en el apartado quinto del fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

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

5.º- Imponer a BBVA S.A. las costas de la primera instancia.

6.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y apelación.

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.