

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 666/2016, de 14 de noviembre de 2016

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1024/2014

SUMARIO:

Asesoramiento financiero. Actuación de la entidad bancaria como agente colocador. Deber de información al cliente. Valoración de la prueba. Indemnización. Lucro cesante. Intereses. Aunque se formalizaran bajo la apariencia de contratos de depósito y administración de valores, queda fuera de toda duda la celebración de contratos verbales de gestión de cartera asesorada; se invirtió precisamente por ellos y por la confianza que les ofrecían sus asesores. Lo que queda reforzado por el hecho de que la entidad ocultara a sus clientes que actuaba como agente colocador de las acciones, es decir, encargada de la venta primaria de los activos, mediante su ofrecimiento y venta a los potenciales adquirentes, obteniendo una comisión tanto por la venta de las acciones, como por el mantenimiento en el tiempo de la inversión. Considerar que existe asesoramiento al inversor exige tres circunstancias: (i) una recomendación, es decir, un elemento de opinión por parte de quien presta el servicio; (ii) dada respecto a una o más operaciones sobre instrumentos financieros concretos; y (iii) personalizada, es decir, explícita o implícitamente idónea para una persona en consideración a sus circunstancias. Y las tres condiciones se dieron: se ofrecía un «asesor de patrimonios», que conocería al cliente en profundidad y diseñaría y vigilaría continuamente su cartera de inversiones y, una vez realizada la inversión, se siguió recomendando personalmente su mantenimiento o sustitución. Sin embargo, para que exista asesoramiento no es imprescindible un contrato remunerado ad hoc para la su prestación, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito con la entidad financiera. Basta con que, como en el caso, exista una relación entre las partes en cuyo marco la entidad ofrezca el producto a los clientes y recomiende su adquisición. Al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber de la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debía haber evaluado qué, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. Que el retraso en la venta de unas acciones que estaban en un proceso de bajada continua de su cotización en bolsa perjudicara a quien, por ello, obtuvo un precio inferior del que podría haber obtenido de haber gozado de la información que le hubiera permitido vender antes (es decir, con menos pérdidas), implica un perjuicio patrimonial incluido en el tenor del art. 1.106, que además era elementalmente previsible por la propia dinámica de los acontecimientos (art. 1.107). Como nexo causal, el retraso en la facilitación de la información produjo el retardo en las decisiones de desinversión y, por tanto, la producción de las pérdidas. El resarcimiento de daños y perjuicios alcanza todo menoscabo económico sufrido: la diferencia entre la situación del patrimonio que sufrió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo.

PRECEPTOS:

Directiva 2004/39/CE (mercados de instrumentos financieros), art. 4.4.



www.civil-mercantil.com

Directiva 2006/73/CE (aplica la Directiva 2004/39 a requisitos organizativos y condiciones de funcionamiento de empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva), art. 52.

Constitución Española, art. 24.

Código de Comercio de 1885, art. 260.

Código Civil, arts. 1.101, 1.103, 1.106, 1.107, 1.108 y 1.282.

Ley 24/1988 (Mercado de Valores), art. 79.1 e).

Ley 1/2000 (LEC), arts. 469.1.4.º y 477.1.

RD 629/1993 (Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios), art. 16 y anexo.5.

PONENTE:

Don Pedro José Vela Torres.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Banco de Santander (entidad sucesora de Banif S.A.U), representada por la procuradora D.ª Mª Luisa Montero Correal, bajo la dirección letrada de D. Agustín Capilla Casco, contra la sentencia n.º 50/2014, de 27 de febrero, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León, en el recurso de apelación núm. 426/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 537/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de León. Ha sido parte recurrida D.ª Nicolasa, D.ª María Milagros, D. Juan Pablo, D.ª Delfina, D.ª Luz, D.ª Teresa, D. Germán, D.ª Juana y D.ª Trinidad, representadas/os por el procurador D. Federico Ortiz Cañavate y bajo la dirección letrada de D. Enric Olivé Manté.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Luisa Fernández Sánchez, en nombre y representación de D. Juan Pablo, D.ª Teresa, D.ª Nicolasa, D. Germán, D.ª María Milagros, D.ª Juana, D.ª Delfina, D.ª Trinidad y D.ª Luz, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Banif S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se declare que la demandada:

»A) Ha incumplido la obligación contractual de información, diligencia y lealtad asumida en su día frente a los actores, con ocasión del contrato de gestión asesorada concertado en BANIF sobre las acciones de MEINL EUROPEAN LAND adquiridas.



www.civil-mercantil.com

»B) Subsidiariamente, por si se considerase la conducta de la demandada cumplidora de todas las obligaciones contractuales existentes, esta parte solicita la responsabilidad extracontractual de BANIF por sus acciones antijurídicas, con culpa o negligencia, y con el resultado dañoso que obra en autos derivado directamente del tal incorrecto proceder y que se cuantifica en los mismos importes indicados, de conformidad con lo expuesto en los anteriores hechos y Fundamentos de Derecho.

»C) En cualesquiera de los antedichos casos, se condene a la demandada a resarcir los daños y perjuicios causados a los actores debidamente cuantificados en los hechos Décimo y Décimo-segundo de la demanda, y que se resumen en las siguientes cuantías:

- Para D. Juan Pablo y DÑA. Teresa , la cantidad de CIENTO DOCE MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (112.144,83 euros).

- Para DÑA. Nicolasa , la cantidad de TREINTA y OCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UNO EUROS CON SESENTA Y SIETE CENTIMOS (38.291,67 euros).

- Para D. Germán y DÑA. María Milagros , la cantidad de TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS QUINCE EUROS CON NOVENTA Y DOS CENTIMOS (38.615,92 euros).

- Para DÑA. Juana , la cantidad de TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS CON CÉNTIMOS (36.257,19 euros).

- Para DÑA. Delfina , la cantidad de TREINTA Y CINCO MIL CIENTO ONCE EUROS CON OCHENTA CENTIMOS (35.111,80 euros).

- Para DÑA. Trinidad , la cantidad de VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS SIETE CON VEINTICINCO CÉNTIMOS (24.507,25 euros).

- Para DÑA Luz , la cantidad de TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUATRO CON TREINTA Y UNO CÉNTIMOS (34.804,31 euros)-

»Sobre dichas cantidades se deberán añadir los intereses legales, desde las distintas fechas en que se iniciaron las inversiones y por los importes de aquéllas, hasta el momento de las ventas; y, a partir de entonces, los intereses legales de las pérdidas ya consolidadas, hasta el momento del pago.

»D) Por último, se solicita, asimismo, que se impongan a la demandada el pago de las costas del presente juicio».

2.- La demanda fue presentada el 20 de mayo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de León, fue registrada con el núm. 537/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Lourdes Díez Lago, en representación de Banco Banif S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia desestimatoria de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de León dictó sentencia n.º 104/2012, de 16 de mayo , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo:



www.civil-mercantil.com

1.- Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Sra. Fernández Sánchez en nombre y representación de Juan Pablo , Teresa , Nicolasa , Germán , María Milagros , Juana , Delfina , Luz contra BANCO BANIF S.A. debo condenar y condeno a la demandada a abonar a:

- A. Juan Pablo Y Teresa la cantidad de 67.300,67 €
- B. Nicolasa 22.929,99 €
- C. Germán Y María Milagros 18.774,75 €
- D. Juana 19.048,98 €
- E. Delfina 20.238,54 €
- F. Luz 20.899,62 €»

»Desestimando la reclamación de la Sra. Trinidad .

»Todas estas cantidades devengaran el interés legal desde la interposición de la demanda.

»2.- No debo hacer especial condena en materia de costas [...].».

Segundo. Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Banco Banif S.A. y de D. Juan Pablo , Dña. Teresa , Dña. Nicolasa , D. Germán , Dña. María Milagros , Dña. Juana , Dña. Delfina , Dña. Trinidad y Dña. Luz .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León, que lo tramitó con el número de rollo 426/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 50/2014, de 27 de febrero , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora Dña. María Luisa Fernández Sánchez, en nombre y representación de D. Juan Pablo , Dña. Teresa , Dña. Nicolasa , D. Germán , Dña. María Milagros , Dña. Juana , Dña. Delfina , Dña. Trinidad y Dña. Luz y por la Procuradora Dña. Lourdes Díez Lago, en nombre y representación de Banco Banif, S.A., contra la Sentencia dictada por la Ilma Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de León, en fecha 16 de mayo de 2012 , en los autos de Juicio Ordinario nº 537/2011 de dicho Juzgado, que fueron elevados a esta Audiencia Provincial el 4 de septiembre siguiente, la confirmamos en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición a cada parte de las costas procesales de su recurso derivadas».

Tercero. Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- La procuradora D.ª María Lourdes Díez Lago, en representación de Banco de Santander S.A. (entidad absorbente de Banco Banif S.A.), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:



www.civil-mercantil.com

«Único.- Al amparo del motivo cuarto del número 1 del artículo 469 de la Ley de E . Civil, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución , en cuanto al error patente padecido por la sentencia en la apreciación de los extremos relevantes del debate y en la valoración de la prueba practicada, que da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de E . Civil, se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso y, en concreto, del artículo 1.282 del Código Civil en relación con el artículo 4.4 de la directiva 2004/39/CE y el artículo 52 de la Directiva 2006/73/CE . El motivo presenta interés casacional porque la sentencia infringe la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencias de 18 de abril de 2013 y 20 de enero de 2014 .

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de E . Civil, se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso y, en concreto, del 1.101 del Código Civil, en relación con el 260 del Código de Comercio, con el 79.1 E) del Mercado de Valores y el 16 del RD 629/1993. El motivo presenta interés casacional porque existe notoria jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales.

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de E . Civil, se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso y, en concreto, del 1.101 del Código Civil, en relación con los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil . El motivo tiene relevancia casacional por cuanto la sentencia infringe la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia.

»Cuarto.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de E . Civil, se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso y, en concreto, del 1.101 del Código Civil, en relación con los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil . El motivo tiene relevancia casacional por cuanto la sentencia infringe la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia.

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 abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de "Banco Banif, S.A.", contra la sentencia de 27 de febrero de 2014, dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, en el rollo de apelación nº 462/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 537/2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de León».

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 29 de septiembre de 2016, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de octubre, en que ha tenido lugar.



www.civil-mercantil.com

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes.

1.- Durante el segundo semestre del año 2006 y el primer semestre del 2007, el Banco BANIF (actualmente, Banco Santander S.A.) celebró con los demandantes diversos contratos denominados de «gestión asesorada para la inversión en acciones Meinl», en los que actuó como «agente colocador». Se les indicó que tales acciones tenían una rentabilidad alta y una volatilidad menor que la renta variable. Asimismo, se dijo a los clientes que BANIF tenía contacto directo con el equipo directivo de Meinl y que serían informados periódicamente de todas las circunstancias que fueran acaeciendo en relación con las acciones ofertadas.

En concreto, las inversiones de los demandantes fueron las siguientes:

a) D. Juan Pablo y Dña. Teresa compraron, el 9 de febrero de 2007, 5.063 títulos de Meinl, a un precio de 19,75 € por acción, por importe total de 99.994,25 €. El 24 de abril siguiente adquirieron otros 2.359 títulos, a razón de 21,20 € por acción, por precio de 50.033,80 €. La inversión total de este matrimonio fue, pues, de 150.028,05 €.

b) Dña. Nicolasa compró el 15 de mayo de 2007, 2.365 títulos de Meinl, a un precio de 21,24 € por acción, en total 50.221 €.

c) D. Germán y Dña. María Milagros, compraron el 9 de febrero de 2007, 2.532 títulos de Meinl, a un precio de 19,75 € por acción, por un total de 50.030 €. Dichos títulos los vendieron el 9 de noviembre de 2007, por precio de 18.738,75 €. Pero el 16 de mayo de 2008, compraron otros 2.200 títulos, a un precio de 8,29 € cada uno, por un importe total de 18.284,62 €.

d) Dña. Juana compró el 26 de febrero de 2007, 2.467 títulos de Meinl, a un precio de 20,27 € por acción, con un importe total de 50.006,09 €. El 9 de noviembre de 2007, los vendió por 18.257 €. Y el 16 de mayo de 2008, volvió a comprar 1.350 títulos, a razón de 8,29 € cada uno, por un total de 11.220,10 €.

e) Dña. Delfina compró el 29 de septiembre de 2006, 2.902 títulos de Meinl, a 17,23 € la acción, por precio total de 50.001,46 €.

f) Dña. Trinidad compró el 22 de septiembre de 2006, 2.926 títulos de Meinl, por precio de 17,09 € por acción, e importe total de 50.005,34 €.

g) Dña. Luz compró el 29 de octubre de 2006, 2.902 títulos de Meinl, a razón de 17,23 € por acción, por una suma total de 50.001,46 €.

2.- Meinl European Land era una sociedad austriaca dedicada a la promoción de inmuebles comerciales en países de Europa del Este, que cotizaba en la Bolsa de Viena. Dicha sociedad convocó para el 23 de agosto de 2007 una junta general extraordinaria, en cuya convocatoria anunció que durante los meses de abril y julio de ese año había recomprado acciones propias y proponía el aumento de la autocartera hasta un 20%. A consecuencia de dicho anuncio, entre los días 26 y 30 julio de 2007, las acciones bajaron en su cotización en la Bolsa de Viena de 20,01 € a 15,75 €, en agosto subieron a 17,20 €, pero el día 29 de ese mes se desplomaron a 11,92 €; y tras diversos problemas, entre ellos el procesamiento del presidente del consejo de administración, el valor descendió en 2009 a 4 €.

3.- En el extracto de posiciones del mes de julio de 2007 que BANIF envió a los clientes a principios de agosto, así como en la información suministrada tras la celebración de la junta general de Meinl el 23 de agosto, se les indicaba que la minusvaloración sería pasajera, que la empresa era sólida y que la cotización se recuperaría.



www.civil-mercantil.com

En comunicaciones sucesivas remitidas por correo electrónico a los clientes, se les informa que la empresa tiene actividad y que es sólida, e incluso hasta finales de 2008 seguían aconsejando la compra de acciones.

4.- Ante la situación de bajada continuada de la cotización de las acciones, los demandantes decidieron venderlas en un periodo comprendido entre finales de 2010 y principios de 2011, lo que les supuso las siguientes pérdidas, por la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación, una vez compensados los dividendos recibidos:

- a) D. Juan Pablo y Dña. Teresa , 112.144,83 €.
- b) Dña. Nicolasa , 38.291,67 €.
- c) D. Germán y Dña. María Milagros , 31.268,25 € y 7.347,67€.
- d) Dña. Juana , 35.111,80 €.
- e) Dña. Delfina , 24.507,25 €.
- f) Dña. Trinidad , 31.748,40 € y 4.508,79 €.
- g) Dña. Luz , 34.804,31 €.

5.- La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda, por las siguientes y resumidas consideraciones: (i) Entre BANIF y sus clientes existía un contrato de asesoramiento general sobre la inversión de dinero y activos; (ii) BANIF no informó adecuadamente a los clientes sobre los motivos de la caída de la cotización y la compra de autocartera, privándose con ello a los inversores de la opción de decidir la venta de sus títulos antes del desplome definitivo de las cotizaciones; (iii) Tal conducta supuso un incumplimiento contractual que debe dar lugar al resarcimiento de los perjuicios sufridos, si bien hubo también culpa concurrente en los clientes, que se cifra en un 40% de las pérdidas, toda vez que la caída de la cotización fue progresiva y pudieron adoptar la decisión de vender a precios más altos de los que lo hicieron. Como resultado de ello, desestimó íntegramente una de las pretensiones (la de la Sra. Trinidad) y las demás las redujo en el porcentaje indicado.

6.- Interpuestos sendos recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial los desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos: (i) No hubo incumplimiento inicial en el asesoramiento, porque era fácilmente comprensible que acciones que cotizaban en bolsa pudieran fluctuar en su valor, aunque hubiera sido deseable que se informara a los clientes que BANIF actuaba como agente colocador; (ii) El incumplimiento fue posterior, puesto que habiéndose comprometido BANIF a un seguimiento personalizado de la inversión, no informó a los clientes de los problemas por los que estaba pasando Meinel, ni de los verdaderos riesgos de desplome de la cotización de las acciones; (iii) Ello privó a los actores de la posibilidad de tomar la decisión de vender en los primeros momentos o al menos cuando la caída de la cotización no había sido tan grande.

Recurso por infracción procesal.

Segundo. *Motivo único de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba.*

Planteamiento :

1.- Banco Santander formuló un único motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , por vulneración del art. 24 CE , al padecerse un error patente en la valoración de la prueba, por ser la misma arbitraria e irrazonable.



www.civil-mercantil.com

2.- En el desarrollo del motivo, se rebate la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial respecto del retraso significativo en la información que se hizo llegar a los clientes en relación con los problemas que estaba sufriendo en su país la empresa austriaca emisora de las acciones. Se mantiene que, tras diversas fluctuaciones del valor durante el verano de 2007, la situación apenas varió desde el momento en que la Audiencia considera erróneamente que la entidad informó a los clientes, por lo que llega a una conclusión absurda y arbitraria.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias núm. 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, 211/2009, de 26 de noviembre, 167/2014, de 22 de octubre, 25/2012, de 27 de febrero, y 152/2015, de 6 de julio, destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

2.- A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, y 303/2016, de 9 de mayo (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- En este caso, la recurrente, atribuye el error patente de la sentencia recurrida al hecho de que ignora o silencia que los clientes recibían extractos periódicos, donde podía apreciarse la oscilación del precio de las acciones, que fueron informados verbalmente el 6 de agosto de 2007 de los problemas de Meindl y que, como mucho, a primeros de septiembre ya estaban perfectamente informados. Para ello, reproduce partes de las declaraciones practicadas en el juicio (obviamente, selecciona las que interesan a su propósito), para hacer ver el supuesto error de la Audiencia Provincial. Es decir, pese a sus protestas de que no pretende convertir a este Tribunal en una tercera instancia, acaba haciéndolo de lleno, pues lo que pretende no es sino sustituir el criterio de la Audiencia por el propio, mediante una valoración probatoria particular diferente a la judicial.

4.- Al contrario de lo que se afirma en el recurso, la sentencia recurrida sí que tiene en cuenta todas las circunstancias a que se hace referencia, pero las valora en conjunto y no aisladamente, para llegar a la conclusión de que no se informó adecuadamente a los clientes



www.civil-mercantil.com

de los problemas que estaba teniendo la empresa austriaca y la incidencia que eso estaba teniendo en su cotización bursátil, por lo que los inversores no pudieron disponer de toda la información necesaria para mantener o no su inversión.

5.- Podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico las conclusiones de la sentencia recurrida son acertadas, lo que es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, al corresponder a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo :

«No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial».

Por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.
Recurso de casación.

Tercero. *Primer motivo de casación. Relación contractual de asesoramiento en la inversión.*

Planteamiento:

1.- El primer motivo del recurso de casación se plantea, al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción del art. 1.282 CC , en relación con el art. 4.4 de la Directiva de Instrumentos y Mercados Financieros 2004/39/CE , de 21 de abril, y el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE ; así como infracción de las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 y 20 de enero de 2014 .

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que cuando se realizaron las inversiones litigiosas ya estaban en vigor las dos Directivas reseñadas en el encabezamiento, por lo que la Audiencia Provincial debió aplicar el art. 1.282 CC conforme a tales Directivas, como declararon también las dos sentencias de esta Sala invocadas. En definitiva, la sentencia recurrida ignora que no hubo asesoramiento por parte de la entidad financiera, porque no dio a los clientes recomendaciones personalizadas.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo hace supuesto de la cuestión, porque pretende eludir la base fáctica de la sentencia. En efecto, en la misma (fundamento jurídico segundo) se afirma rotundamente que aunque los contratos se formalizaran bajo la apariencia de un simple contrato de depósito y administración de valores, queda «fuera de toda duda la celebración de contratos verbales de gestión de cartera asesorada con todos y cada uno de los actores y que fue precisamente en base a ellos y a la confianza que les ofrecían sus asesores que se aventuraron a invertir en Meinl». Lo que queda reforzado por el hecho de que la sentencia reprocha a la entidad financiera que ocultara a sus clientes que actuaba como agente colocador de las acciones de Meinl, es decir, como encargada de la venta primaria de los activos, mediante su ofrecimiento y



www.civil-mercantil.com

venta a los potenciales adquirentes, obteniendo una comisión tanto por la venta de las acciones, como por el mantenimiento en el tiempo de la inversión.

2.- Pero es que, además, según las propias Directivas que invoca la parte recurrente, para que pueda considerarse que existe asesoramiento al inversor deben concurrir tres circunstancias: (i) Que se incluya una recomendación, es decir, un elemento de opinión por parte de quien presta el servicio; (ii) Que se realice respecto a una o más operaciones sobre instrumentos financieros concretos; y (iii) Que sea personalizada, es decir, se presente explícita o implícitamente como idónea para esa persona, en consideración a sus circunstancias personales. Y las tres condiciones se dieron en este caso, desde el momento en que Banif ofrecía a los clientes que contarían con un «asesor de patrimonios», que los conocería en profundidad y que diseñaría y vigilaría continuamente su cartera de inversiones. Así como que, una vez realizada la inversión, siguió haciendo recomendaciones personalizadas sobre su mantenimiento o sustitución. Es decir, la interpretación de la Audiencia Provincial es perfectamente respetuosa con el art. 1.282 CC , puesto que de los actos coetáneos y posteriores de la recurrente se desprende claramente que prestó asesoramiento a los inversores demandantes.

Como dijimos en las sentencias núm. 102/2016, de 25 de febrero , y 411/2016, de 17 de junio , con cita de otras diversas resoluciones previas de esta Sala, entre ellas las dos invocadas por la recurrente, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que, como sucedió en este caso, exista una relación entre las partes en cuyo marco la entidad ofrezca el producto a los clientes y les recomiende su adquisición. Por lo que la sentencia recurrida no solo no infringe la normativa y jurisprudencia denunciada como infringida, sino que se ajusta escrupulosamente a ellas.

3.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

Cuarto. Segundo motivo de casación. Alcance del deber de información y asesoramiento al inversor.

Planteamiento:

1.- En este segundo motivo de casación, también formulado al amparo del art. 477.1 LEC , se alega infracción del art. 1.101 CC , en relación con los arts. 260 CCom., 79.1 e) LMV y 16 del RD 629/1993 .

2.- Al desarrollar el motivo, se aduce, sintéticamente, que incluso aunque se considerase que existió una relación de asesoramiento, el art. 79 LMV no exigía una información inmediata y puntual al inversor, sino únicamente una información periódica, que fue cumplida por Banif.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque los contratos de inversión objeto de litigio se suscribieron antes de la trasposición a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, ello no es óbice para que en nuestro ordenamiento ya existieran unos estándares exigentes de información y asesoramiento al inversor; y no solo porque la propia parte recurrente haya



considerado aplicables en su recurso las previsiones de las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE.

2.- Como venimos afirmando reiteradamente en numerosas resoluciones, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En concreto, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

3.- Esa información debe ser «entregada a tiempo», es decir cuando las circunstancias de la inversión lo requieran. Y en este caso, dado que la propia entidad de servicios de inversión ofrecía a sus clientes una vigilancia continua de su inversión, mediante el antes citado asesor de patrimonios, resulta claro que la existencia de contingencias graves, como la convocatoria de una junta general extraordinaria para reconocer la existencia de autocartera por encima de los límites reconocidos hasta entonces, y la caída en bolsa de las acciones, debieron ser advertidas inmediatamente a los inversores para que pudieran tomar con conocimiento de causa las decisiones más adecuadas a sus intereses, bien fuera la desinversión rápida, o bien el mantenimiento de la inversión a la espera de tiempos mejores. Pero la entidad se limitó a informar genéricamente que tales contingencias habían sido circunstanciales y que el valor de las acciones se recuperaría, lo que tuvo como consecuencia que los inversores perdieran un tiempo precioso en su toma de decisiones, que se tradujo en graves pérdidas económicas. Cuando, además, concurría un conflicto de intereses entre las



www.civil-mercantil.com

partes, porque Banif recibía mayor comisión cuanto más tiempo permaneciera vigente la inversión.

Quinto. Tercer motivo de casación. Nexo causal con el resultado dañoso.

Planteamiento:

1.- Se enuncia este motivo, también al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción del art. 1.101 CC , en relación con los arts. 1.106 y 1.107 del mismo Código .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que no existe nexo causal entre el incumplimiento de los deberes legales y contractuales imputados a la recurrente y el daño cuya indemnización se concede. Los daños hubieran sido los mismos con independencia del momento en que Banif hubiera ofrecido la información. Se citan las sentencias de esta Sala de 17 de marzo de 2011 y 29 de abril de 2003 .

Decisión de la Sala:

1.- Vuelve a incurrirse en una petición de principio, puesto que se reinterpreta la sentencia recurrida para intentar hacerle decir lo contrario de lo que establece. En efecto, la sentencia, rectamente leída, no afirma que los inversores demandantes hubieran seguido en todo caso el consejo de Banif de mantener la acción, sino que lo hicieron porque no fueron debidamente advertidos de las circunstancias que concurrieron en el mes de agosto de 2007, y se prolongaron en la anualidad siguiente, y precisamente por ello, retrasaron la toma de decisión de vender y desinvertir, lo que incidió causalmente en la pérdida patrimonial derivada de la bajada de cotización de las acciones.

2.- No hay infracción alguna de los arts. 1.106 y 1.107 CC , ni por tanto de la jurisprudencia de esta Sala. Que el retraso en la venta de unas acciones que estaban en un proceso de bajada continua de su cotización en bolsa perjudicara a quien, por ello, obtuvo un precio inferior del que podría haber obtenido de haber gozado de la información que le hubiera permitido vender antes (es decir, con menos pérdidas), implica un perjuicio patrimonial incluido en el tenor del art. 1.106, que además era elementalmente previsible por la propia dinámica de los acontecimientos (art. 1.107). Sin que tampoco se aprecie infracción alguna respecto de la apreciación del nexo causal, puesto que el retraso en la facilitación de la información produjo el retardo en las decisiones de desinversión y, por tanto, en la producción de las pérdidas.

3.- En su virtud, este motivo casacional debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

Sexto. Cuarto motivo de casación. Extensión temporal de la responsabilidad civil.

Planteamiento:

1.- El último motivo de casación, igualmente con base en el art. 477.1 LEC , denuncia nuevamente infracción de los arts. 1.106 y 1.107 y de la jurisprudencia que los interpreta.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la indemnización concedida no se corresponde con la minoración de valor de las acciones de Meinl durante el tiempo que se considera probado por la sentencia que la entidad financiera incumplió su deber de información y asesoramiento a los inversores.

Decisión de la Sala :



www.civil-mercantil.com

1.- Nuevamente nos encontramos ante una petición de principio que contradice la base fáctica de la sentencia. En el planteamiento del motivo se afirma que la sentencia considera que Banif habría subsanado su incumplimiento, como tarde, a primeros del mes de septiembre de 2007. Y no es así, la resolución recurrida lo que afirma es que no hubo información pertinente y que lo que se aconsejó fue el mantenimiento de la inversión, por lo que difícilmente pudo haber subsanación del incumplimiento.

2.- Ya hemos dicho que la pérdida patrimonial que ha de ser indemnizada es la diferencia de valor de las acciones por la bajada de su cotización, sin que los demandantes tuvieran oportunidad de deshacerse a tiempo de las mismas y, por lo menos, atenuar el descalabro económico. Lo que, como también hemos visto, se ajusta plenamente a las previsiones de los arts. 1.106 y 1.107 CC .

La entidad del resarcimiento de daños y perjuicios alcanza a todo el menoscabo económico sufrido por el perjudicado, consistente en la diferencia que existe entre la situación del patrimonio que sufrió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo. La sentencia de la Audiencia Provincial se adapta plenamente a dicho criterio e incluso tiene en cuenta una negligencia concurrente, por parte de los clientes, que le lleva a moderar la indemnización, tal y como había hecho el juzgado, conforme permite el art. 1.103 CC . Decisión esta última que, al no haber sido objeto de recurso ante esta Sala, debe quedar incólume.

3.- A su vez, ninguna infracción legal o jurisprudencial se comete al conceder los intereses legales desde la interposición de la demanda, puesto que tales intereses, exigibles conforme a los arts. 1.101 y 1.108 CC , actúan como modalidad indemnizatoria en supuestos de mora en el pago de las deudas consistentes en una cantidad de dinero, como es el caso.

4.- En su virtud, al no apreciarse que la sentencia recurrida haya infringido los mencionados preceptos, o que no se haya atendido a la jurisprudencia invocada, este último motivo de casación ha de ser igualmente desestimado.

Séptimo. Costas y depósitos.

1.- La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación supone que deben imponerse a la recurrente las costas causadas por ellos, según determina el art. 398.1 LEC .

2.- Igualmente, conlleva la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY,

por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Banco Santander, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

la Audiencia Provincial de León, con fecha 27 de febrero de 2014, en el recurso de apelación n.º 50/2014 .

2.º- Imponer a Banco Santander, S.A. las costas causadas por ambos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición. 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.