

# Nulidad o resolución contractual como remedios en el incumplimiento de deberes de información en compra de productos financieros

**Ángel Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha  
Consejero académico de GA\_P

---

*En el inabarcable contexto normativo y jurisprudencial relativo al incumplimiento de deberes de información en la adquisición de instrumentos financieros, los tribunales a veces se manejan con indiferencia entre las categorías de la nulidad, el resarcimiento y la resolución. Ocasionalmente, como en el presente caso, se quiere establecer una jerarquización de remedios y se afirma, sin fundamento, que la resolución por incumplimiento no es un remedio adecuado.*

Me refiero a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre del 2017. El cliente adquiere de Bankinter bonos preferentes del banco finlandés Landbansky, con el resultado de todos conocido. El cliente ejerce las acciones de nulidad y subsidiaria de resolución por incumplimiento de deberes de información precontractual derivados de la normativa Mifid. La acción de nulidad se declara caducada por plazo y este pronunciamiento llega firme a casación. El Tribunal Supremo va a desestimar el recurso con la inmotivada declaración de que el contrato no se puede resolver, sólo anular, por incumplimiento de los deberes de información precontractual, aunque de hecho se trate de una obligación (*¿in contrahendo*, fuera del contrato?); sólo los incumplimientos «en la ejecución» serían resolutorios. Alguna jurisprudencia anterior apoya esta declaración (SSTS de 19 de noviembre del 2015 y de 13 de julio del 2016) y otra parece contravenirla (STS de 9 de septiembre del 2014).

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La argumentación no es sostenible, salvo que implícitamente se esté intentando introducir un principio de racionalidad en el sistema jurídico de acuerdo con el cual no pueda eludirse el plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil mediante el empleo alternativo de otro remedio con distinto plazo de prescripción y el mismo supuesto de hecho.

Pero, si lo que se busca es esta racionalidad, el resultado es también fallido. La sentencia, como no podía ser menos, garantiza que el inversor dispone siempre de una acción de indemnización por incumplimiento. Mas tengamos en cuenta que esta acción resarcitoria tiene como resultado, en los casos —como el presente— de «pérdida de la inversión», que el actor obtiene una especie de restitución estructurada como una «resolución contractual impropia», porque de hecho el montante de los daños acaba coincidiendo con la cifra restitutoria que se habría obtenido por medio de la resolución contractual. Y ambas acciones están sujetas al mismo plazo de prescripción. Valga como ejemplo el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.<sup>a</sup>, de 25 de julio del 2017, sobre el alcance de la responsabilidad de Bankia como emisor del folleto (art. 38 de la Ley del Mercado de Valores) frente al adquirente de acciones en el mercado secundario, responsabilidad que de hecho se salda mediante una «resolución impropia» equivalente al resultado de una acción de nulidad que la sentencia niega que proceda.

Una vez que el plazo de prescripción general se reduce a cinco años en el nuevo artículo 1964 del Código Civil, seguramente cambian los incentivos judiciales para declarar la improcedencia de la resolución. Especialmente porque los tribunales han impuesto tan generoso *dies a quo* en la restitución por nulidad (art. 1301 CC) de la compra «errónea» de productos financieros, que en el límite los plazos de nulidad, resarcimiento o resolución van a converger en la práctica.

Lo que hace falta, por tanto, es que los tribunales establezcan una jerarquización clara de remedios concurrentes, aunque sólo sea por racionalidad y previsibilidad del sistema. Lo han hecho con éxito en otros sectores, como por ejemplo en la virtual concurrencia de acciones marcarias con acciones nacidas de la competencia desleal. Y el rango prevalente debería corresponder a las acciones que permiten soluciones parciales y graduables, lo que aconseja postergar las acciones de nulidad. Finalmente, es mejor procedimiento sostener que un banco equis había incumplido deberes de información de manera sustancial, de forma que se había producido un daño, que argumentar que el banco había incurrido en tales «incumplimientos» y ello había provocado que el cliente prestara un consentimiento que de otra forma no habría prestado: esta afirmación sería casi siempre contrafáctica.

Reproduzco el texto relevante de la sentencia glosada:

- 2.- ... es inconcuso doctrinal y jurisprudencialmente que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento (en este caso, por inexistencia de información suficiente al cliente) debe dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución. Además de en las sentencias de esta Sala que se invocan en el recurso (14 de junio de 1988, 20 de junio de 1996, 21 de marzo de 1986, 22 de diciembre de 1980, 11 de noviembre de 1996, 24 de septiembre de 1997),

lo hemos dicho más recientemente en la Sentencia núm. 654/2015, de 19 de noviembre: «No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1301 del mismo texto legal, debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento». Y en cuanto a los daños y perjuicios por incumplimiento, dijo la Sentencia 677/2016, de 16 de noviembre:

«5.- En las Sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía “descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad”. Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales “constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas”. Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el artículo 79 bis.6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

»En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.

»De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuan[d] o menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.

»6.- Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión».

**3.-** *Es decir [¿?], aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual.*