

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Civil

### SENTENCIA

En Madrid, a 21 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Kutxabank, S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Ana Prieto Lara-Barahona, bajo la dirección letrada de D. Igor Orgega Ochoa, contra la sentencia n.º 397/2018, dictada por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación n.º 178/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 207/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gernika. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Ángeles, representada por el procurador D. Javier Fraile Mena y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Nahikari Larrea Izaguirre.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia 1.- El procurador D. Zigor Capelastegui Cristóbal, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Ángeles, interpuso demanda de juicio ordinario contra Kutxabank, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que declare:

La NULIDAD ABSOLUTA por error invalidante del consentimiento, error obstativo, violación de las normas imperativas del ordenamiento jurídico, SUBSIDIARIAMENTE ANULABILIDAD del contrato formalizado para la adquisición de 622 títulos correspondientes a APORTACIONES FINANCIERAS SUBORDINADAS EROSKI emisión 2002; y ello con las consecuencias previstas en el art. 1.303 Cc, es decir, la restitución a la parte actora del importe total abonado para la adquisición de tales productos y que asciende a QUINCE MIL QUINIENTOS CINCUENTA EUROS (15.550 €); minorado en la cuantía de los intereses percibidos e incrementado en la cantidad a que asciendan los gastos de custodia y comisiones repercutidas por la tenencia y depósito de los títulos objeto de la presente demanda; más los intereses legales devengados por las cantidades invertidas, desde la fecha de la inversión e incrementados en dos puntos desde la Sentencia, en virtud del art. 576 LEC;

así como la restitución de la propiedad y titularidad de las Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski a la mercantil demandada. Y todo ello con expresa condena en costas.

Será en ejecución de Sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidadora anteriormente expuesta, al amparo del artículo 219 de la LEC.

SUBSIDIARIAMENTE, la RESOLUCIÓN de los contratos formalizados para la adquisición de 622 títulos correspondientes a APORTACIONES FINANCIERAS SUBORDINADAS EROSKI emisión 2002; ante el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de la demandada, según lo preceptuado en el art.

1.124 Cc y con los efectos inherentes al mismo; esto es: la restitución a la parte actora del importe total invertido en las Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski y que asciende a QUINCE MIL QUINIENTOS CINCUENTA EUROS (15.550 €, minorado en la cuantía de los intereses percibidos e incrementado en la cantidad a que asciendan los gastos de custodia y comisiones repercutidas por la

tenencia y depósito de los títulos objeto de la presente demanda; con indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por tales incumplimientos, fijada ésta en el importe a que ascienden los intereses legales devengados por las cantidades invertidas, desde la fecha de la inversión e incrementados en dos puntos desde la Sentencia, en virtud del art.

576 LEC; así como la restitución de la propiedad y titularidad de las Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski a la mercantil demandada, una vez satisfechas las cantidades que viniere obligada a pagar en virtud de sentencia. Y todo ello con expresa condena en costas.

Será en ejecución de Sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidadora anteriormente expuesta, al amparo del artículo 219 de la LEC.

SUBSIDIARIAMENTE, la INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS PREVISTA EN EL ART. 1.101Cc, ocasionados a la parte actora por los incumplimientos de la demandada de sus obligaciones legales y contractuales, en relación a los contratos formalizados para la adquisición de 622 títulos correspondientes a APORTACIONES FINANCIERAS SUBORDINADAS EROSKI emisión 2002; cuantificando la misma en el importe a que asciende el total invertido para la adquisición de las Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski y que asciende a QUINCE MIL QUINIENTOS CINCUENTA EUROS (15.550 €); minorado en la cuantía de los intereses percibidos e incrementado en la cantidad a que asciendan los gastos de custodia y comisiones repercutidas por la tenencia y depósito de los títulos objeto de la presente demanda; más los intereses legales devengados por las cantidades invertidas, desde la fecha de la inversión e incrementados en dos puntos desde la Sentencia, en virtud del art. 576 LEC. Y todo ello con expresa condena en costas.

Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deberán restituirse sobre la base liquidadora anteriormente expuesta, al amparo del art. 219 LEC.

SUBSIDIARIAMENTE, en aplicación de la doctrina del ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, se condene a KUTXABANK S.A a indemnizar la parte actora por los daños y perjuicios ocasionados, que consisten en el en el importe resultante de descontar a la cantidad invertida en Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski emisión 2002, el valor de cotización de las mismas al tiempo del dictado de la sentencia y sus rendimientos; incrementado en la cantidad a que asciendan los gastos de custodia y comisiones repercutidas por la tenencia y depósito de los títulos objeto de la presente demanda; más los intereses legales devengados desde la adquisición de las Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski, e incrementados en dos puntos desde la sentencia. Y todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deberán restituirse las partes litigantes sobre la base liquidadora anteriormente expuesta".

2.- La demanda fue presentada el 13 de junio de 2016, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gernika, se registró con el n.º 207/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> María Cruz Celaya Ulibarri, en representación de Kutxaank, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que desestime la demanda e imponga las costas a la demandante".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gernika- Lumo dictó sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por el procurador de los tribunales don Zigor Capelastegui Cristóbal, en nombre y representación de doña Ángeles contra KUTXABANK, S.A., absuelvo a la entidad demandada de las peticiones deducidas en su contra, e impongo las costas causadas en el proceso a la demandante.

Contra esta sentencia, previa consignación del depósito exigido, puede interponerse recurso de apelación en este Juzgado, para ante la Audiencia Provincial, en el plazo de los 20 días siguientes a su notificación".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia 1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Ángeles.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el número de rollo 178/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de Ángeles contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 3 de Gernika en autos de Procedimiento Ordinario 207/16 de fecha 29 de Diciembre de 2017, y de que este rollo dimana, Y REVOCANDO DICHA RESOLUCION declaramos la nulidad por vicio del consentimiento de la adquisición de 622 Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski emisión 2.002 fecha valor 17 de Julio de 2.002 y en su consecuencia condenamos a la entidad KUTXABANK S.A. a que restituya a la actora el nominal que fue invertido, 15.550 €, minorando la cuantía de los intereses brutos percibidos y los correspondientes gastos de custodia desde la fecha de traspaso, 13 de Septiembre de 2.013, intereses legales desde la fecha de la Sentencia de la instancia. Así como la obligación de Ángeles de devolver los títulos. Todo ello sin expreso pronunciamiento en costas que se hubieren generado en esta alzada y con imposición de las costas de la instancia a la entidad KUTXABANK".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación 1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Iratxe Pérez Sarachaga, en representación de Kutxabank, S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC, por infracción de las normas contenidas en los artículos 1.257 y 1.302 del Código Civil y la jurisprudencia que las interpreta, en lo referido al principio de relatividad de los contratos y a la delimitación de la legitimación para instar la nulidad de un contrato a quienes se hubieran obligado en virtud del mismo, en cuanto la sentencia que recurrimos reconoció legitimación activa a la demandante, como donataria y titular actual de los valores, para ejercitar una acción de nulidad relativa del contrato por el que su madre suscribió el 17 de julio de 2002 y a través de Bilbao Bizkaia Kutxa 622 Aportaciones Financieras Subordinadas de Eroski, con fundamento en el supuesto error invalidante del consentimiento que habría padecido ésta al adquirir los títulos, que fueron posteriormente donados a la actora el 9 de octubre de 2013.

Se citan como sentencias que contienen la doctrina jurisprudencial infringida, las siguientes:

- Sentencia n.º 406/2001, de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2001, Rec.

819/1996 (LA LEY 5218/2001), que acompañamos como Documento n.º 2.

- Sentencia n.º 4/2013, de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2013, Rec.

1431/2010 (LA LEY 2581/2013), que acompañamos como Documento n.º 3".

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Kutxabank S.A. contra la sentencia dictada con fecha 8 de octubre de 2018, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Tercera, en el rollo de apelación n.º 178/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2017/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gernika.

2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

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 10 de junio de 2021 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 13 de julio del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Antecedentes relevantes El objeto del presente proceso se reconduce a resolver una cuestión de naturaleza estrictamente jurídica, como es si la demandante, como actual titular de los valores Eroski, adquiridos por donación de su madre, puede ejercitar acciones de anulabilidad del contrato por la concurrencia de vicios del consentimiento, en su comercialización e incumplimiento del deber de informar por parte de la entidad financiera demandada.

A los efectos decisorios de la precitada cuestión controvertida partimos de los antecedentes siguientes:

1.º.- D.<sup>a</sup> Ángeles interpuso demanda frente a la entidad Kutxabank, en la que ejercitaba las acciones de nulidad absoluta y, subsidiariamente, las de anulabilidad por vicios del consentimiento, resolución del contrato, indemnización de daños y perjuicios y enriquecimiento sin causa, todas ellas con respecto al contrato de adquisición de aportaciones financieras Eroski.

2.º.- Dichas pretensiones se fundamentaron fácticamente en que la madre de la actora D.<sup>a</sup> Martina adquirió 622 títulos AFSEroski, emisión 2002, fecha de valor de 17 de julio 2002, por importe de 15.550 euros. La contratación fue telefónica y no había orden de valores escrita. El 11 de septiembre de 2013, transfirió dichos valores a la actora. A consecuencia de tal acto jurídico, los títulos fueron ingresados en la cuenta privativa de la Sra. Ángeles. Se hizo igualmente expresa referencia al perfil ahorrador y conservador de la Sra. Martina, carente de cualificación en el sector financiero; la edad de la misma, de 73 años, a la fecha de adquisición de los valores; así como a los incumplimientos de la demandada del deber de información, con base en los cuales fundamentó las acciones antes reseñadas.

3.º.- En su contestación, la demandada reconoció la adquisición de las precitadas aportaciones Eroski por la Sra. Martina, así como la donación de las mismas a su hija Ángeles, que es su actual propietaria. Sostuvo que la donante vivía y que la donataria carecía de legitimación activa para el ejercicio de las acciones deducidas, toda vez que no fue parte en el contrato, no era titular de la relación jurídica litigiosa, así como que los contratos sólo producen efecto entre las partes contratantes y sus herederos conforme al art. 1257 del CC, pero no con respecto a causahabientes a título particular.

4.º.- Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gernika- Lumo, se dictó sentencia, en virtud de la cual se reconoció la legitimación activa de cualquier persona con interés legítimo para el ejercicio de las acciones de nulidad radical o declaración de inexistencia; pero no así, para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, que se reserva a quien ha sido parte en el contrato, así como tampoco para el ejercicio de las otras acciones también ejercitadas. Rechazó la existencia de nulidad radical y, en consecuencia, desestimó íntegramente las acciones deducidas en la demanda.

5.º.- Frente a dicha resolución, por la representación de D.ª Ángeles se interpuso recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que dictó sentencia en la que revocó la pronunciada por el Juzgado. Consideró que la actora estaba legitimada activamente para el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento, y, en congruencia con dicha declaración, decretó la nulidad del contrato litigioso, con devolución de prestaciones.

En lo que ahora nos interesa, el tribunal provincial razonó, en síntesis, que la jurisprudencia ha venido admitiendo la posibilidad de que el principio de relatividad del contrato se extienda a terceros con interés legítimo, que la actora es la donataria y actual titular de los valores, que el art. 638 del CC dispone que el donatario se subroga en todos los derechos y obligaciones que en caso de evicción corresponden al causante, así como que la demandante ostentaba un indiscutible interés legítimo para el ejercicio de la acción, que le legitima activamente conforme al art. 10 de la LEC.

6.º.- Contra dicha sentencia, se interpuso por la entidad financiera demandada recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación 1.º.- Interposición y desarrollo del recurso El recurso de casación se fundamenta en un único motivo y se formula por interés casacional, al amparo del art.

477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), se alegan como infringidos los arts. 1257 y 1302 del Código Civil (en adelante CC) y la jurisprudencia que los interpreta. En su desarrollo, se considera que, dado el principio de relatividad de los contratos, éstos únicamente producen efecto entre las partes contratantes, y como quiera que, al tiempo de interposición de la demanda, la donante vivía, su hija, en concepto de donataria, no estaba legitimada activamente para el ejercicio de las acciones deducidas, así como que la naturaleza gratuita de la donación justifica la restricción de los derechos y acciones que la ley concede al donatario, con lo que la sentencia de la Audiencia debía ser casada.

2.º.- Estimación del recurso El principio de relatividad de los contratos, consagrado en el art. 1257 del CC, que dispone que "los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos", es reflejo de la regla latina *res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest* (lo convenido entre otros ni perjudica ni aprovecha a terceros), sin perjuicio de que los derechos y obligaciones nacidos de un contrato se transmitan por herencia, salvo que, por su naturaleza, por pacto o por ley, no sean susceptibles de tal transmisión, como expresa el segundo inciso del párrafo primero del precitado artículo 1257 CC.

De esta manera, la sentencia de pleno 167/2020, de 11 de marzo, señala que para los terceros, el contrato es res inter alios acta (cosa realizada entre otros) y, en consecuencia, ni les beneficia ( nec prodest) ni les perjudica ( nec nocet). Nadie puede ser obligado por un contrato en que no ha intervenido y prestado su consentimiento, ni sufrir las consecuencias negativas del incumplimiento en el que no ha tenido intervención.

La relatividad de los contratos es consecuencia de la exigibilidad del consentimiento contractual como elemento esencial de toda relación convencional ( art. 1261 CC), de manera tal que el contrato sólo puede obligar a quien voluntaria y conscientemente se compromete a respetar las estipulaciones convencionales que lo constituyen, las cuales naturalmente no pueden afectar, ni son exigibles, al tercero que no las ha asumido, al no haber sido parte en tal relación jurídica constituida al amparo de la libre autonomía de la voluntad ( art.

1255 CC), libertad de empresa ( art. 38 de la Constitución, en adelante CE), o libre desarrollo de la personalidad ( art. 10 CE). En definitiva, sólo el que consiente es titular de los derechos y obligaciones propias del contrato.

En el sentido expuesto, la sentencia de esta Sala de lo Civil, 616/2006, de 19 de junio, indica que "[...] si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio tan sólo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe". De igual manera, en idénticos términos, se expresa la sentencia 269/2011, de 11 de abril.

Este principio de relatividad se deduce también del art. 1091 CC, al señalar que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, y no, por lo tanto, con respecto a terceros ajenos a lo pactado. En definitiva, cuando hablamos del principio de eficacia relativa del contrato estamos señalando que la reglamentación que crea, ya sean derechos, facultades u obligaciones, no son aplicables a los terceros.

No obstante, lo cual en la sentencia 517/2015, de 6 de octubre, con cita de la doctrina reflejada en la sentencia 188/2015, de 8 abril, ya se advierte que el principio de relatividad no es tan absoluto, que no pueda extenderse a personas que no han intervenido en lo pactado en el contrato ( Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1965), así como que los causahabientes a título singular (compraventa) no son terceros ( STS 1 de abril de 1977 y 24 de octubre de 1990), trascendiendo a estos los derechos y obligaciones del contrato, con excepción de los personalísimos, al penetrar los causahabientes en la situación jurídica creada mediante el negocio celebrado con el primitivo contratante ( SSTS 2 de noviembre de 1981 y 27 de marzo de 1984). En el mismo sentido, las sentencias 269/2011, de 11 de abril, y 152/2021, de 28 de marzo.

Una manifestación al respecto fue reconocer la legitimación activa de los subadquirentes de una vivienda para ejercitar las acciones del art. 1591 del CC, relativas al contrato de ejecución de obra, por prestación defectuosa o vicios en la cosa, reconocida por las sentencias de 5 de mayo de 1961, 25 de octubre de 1975, 1 de abril de 1977, 3 de octubre de 1979, 30 de abril de 1982, 17 de junio de 1990, 3 de febrero de 1995 o, más recientemente, 597/2013, de 18 de octubre, actualmente consagrada de forma expresa en el art. 17 de la LOE.

Se hace eco de esta doctrina y la amplía la sentencia de pleno 167/2020, de 11 de marzo, cuando sostiene al respecto:

"11.- La contratación en el sector del automóvil presenta también particularidades que justifican limitar o excepcionar en ciertos casos el principio de relatividad de los contratos, dados los especiales

vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores, la importancia de la marca del fabricante, la fidelidad del consumidor a dicha marca, su influencia en la decisión del adquirente de un automóvil, y la afectación masiva, a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación".

Ahora bien, la doctrina expuesta no es aplicable al caso que nos ocupa, en que nos encontramos ante el ejercicio de una acción de anulabilidad, cuya legitimación activa es regulada por el art. 1302 del CC, en el sentido de que tal acción la pueden ejercitar tan solo los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Y, en este caso, la única que concertó el contrato, y la que sufrió el supuesto error como vicio de la voluntad, fue la madre de la actora, que no ejercitó la presente acción.

Es por ello que, con respecto a un contrato susceptible de anulación, y como tal existente al reunir los requisitos del art. 1261 del CC, la acción fundada en un vicio de la voluntad, y también en el caso de la falta de información recibida al tiempo de su concertación, no puede ser ejercitada por quien no fue parte en el contrato, como sucede en el caso que nos ocupa, en que la madre, adquirente de la participaciones, que luego dona años después a su hija, no había entablado dichas acciones, ni las ejercita en este proceso.

No nos encontramos ante un supuesto de ejercicio de acciones por evicción, en las que se subroga el donatario conforme a lo dispuesto en el art. 638 CC, ni tampoco ante el ejercicio de acciones derivadas de un título universal o de herencia, en cuyo caso serían de aplicación los arts. 659 y 661 del CC, conforme a los cuales el causante transmite sus derechos y acciones a sus herederos, sin que en tal caso opere el principio de relatividad de los contratos.

Hemos razonado en la sentencia 770/1990, de 10 de diciembre, que la parte recurrente "[...] conforme el artículo 1.257 del Código Civil, que declara que el contrato "sólo produce efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos", no puede deducir acción para su cumplimiento o para obtener su nulidad", en consecuencia, no puede "[...] pedir la nulidad de un contrato en el que no han sido partes ni ella ni su esposo". De igual forma, hemos dicho en la sentencia 259/2008, de 11 de diciembre, que "la acción de nulidad de los contratos en que, pese a concurrir los requisitos del artículo 1.261, concurre algún vicio que los invalide, corresponde únicamente a los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos".

No cabe ejercitar acción por enriquecimiento sin causa, puesto que, entre la donante y el banco, medió una relación jurídica, y la hija no sufrió empobrecimiento alguno, sino una atribución patrimonial a título gratuito.

Al tiempo de que carece legitimación para el ejercicio de una acción en beneficio de su madre.

Por otra parte, es criterio asentado el que viene considerando, que la resolución del contrato, al amparo del art. 1124 del CC, no puede fundarse en el incumplimiento de deberes previos a la contratación, "[...] 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" ( sentencias 491/2017, de 13 de septiembre; 165/2020, de 11 de marzo; 612/2020, de 16 de noviembre).

3.º.- Sentencia de casación En definitiva, al carecer la actora de legitimación para el ejercicio de las acciones deducidas de nulidad relativa o anulabilidad, de incumplimiento contractual por el deber de información con respecto a la adquisición de las preferentes realizada por su madre, así como de enriquecimiento sin causa, y siendo firme la desestimación de la acción por nulidad absoluta, la

sentencia de la Audiencia debe ser casada y, en consecuencia, con asunción de la segunda instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.- Costas y depósitos Dada la estimación del recurso casación no se hace especial pronunciamiento sobre las costas conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, todo ello con devolución del depósito constituido para recurrir ( Disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 8, de la LOPJ).

La desestimación del recurso de apelación conduce a la imposición de las costas del mismo a la parte actora recurrente ( art. 398 LEC). Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para apelar, de acuerdo con la Disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 9, de la 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 contra la sentencia 397/2018, de 8 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Bizcaia, sección tercera, en el rollo de apelación n.º 178/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2017/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gernika, sin hacer especial pronunciamiento en costas y acordando la devolución del depósito constituido para recurrir, 2.º- Casar dicha sentencia y, con desestimación del recurso de apelación interpuesto, confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gernika de 29 de diciembre de 2017, con imposición de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido para apelar.

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.