



Roj: **STS 3484/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3484**

Id Cendoj: **28079110012018100563**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2018**

Nº de Recurso: **3130/2015**

Nº de Resolución: **568/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 568/2018

Fecha de sentencia: 15/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **3130/2015**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a

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

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN núm.: **3130/2015**

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 568/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 276/2015 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 179/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Salamanca, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora D.ª Ana María Garrido Martín en nombre y representación de D.ª Blanca y D. Abelardo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora D.ª M.ª Ángeles Vázquez Lucena en calidad de recurrente y el procurador D. Armando García de la Calle en nombre y representación de Catalunya Banc S.A, en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña M.ª Ángeles Vázquez Lucena en nombre y representación de D. Abelardo y D.ª Blanca, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Catalunya Banc S.A. (antigua Catalunya Caixa), bajo la dirección letrada de D. Florencio Bermúdez Benito y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1.º) Se declare la NULIDAD ABSOLUTA del contrato de obligaciones subordinadas suscrito entre nuestros representados, y la demandada, LA ENTIDAD BANCARIA CATALUNYA BANC, S.A., (ANTIGUA CATALUNYA CAIXA) por ausencia de consentimiento (Artículos 1.261 y concordantes del Código Civil), y se condene a la entidad financiera demandada a reintegrar a mis mandantes la cantidad de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (21.748,85 euros) importe restante del capital originariamente depositado, más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (97.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva, todo ello descontando los intereses que se hayan recibido por los actores.

«2º) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que por SS' no se acoja el suplico anterior, se declare la NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD de los contratos de obligaciones subordinadas correspondientes a nuestros representados, existentes con la demandada, LA ENTIDAD BANCARIA CATALUNYA BANC, S.A., (ANTIGUA CATALUNYA CAIXA) por error en el consentimiento (Artículos 1.265 y concordantes del Código Civil), y se condene a la entidad financiera demandada a reintegrar a mis mandantes la cantidad de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (21.748,85 euros) importe restante del capital originariamente depositado, más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (97.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva, todo ello descontando los intereses que se hayan recibido por los actores.

«3º) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que por SS' no se acojan las peticiones anteriores, se declare LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS citados en el antecedente de hecho primero por incumplimiento del artículo 6.3 del CC, en concreto, por la vulneración de los Arts. 3, 4 y 60 del RD Legislativo 1/07 de 16 de noviembre que aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Arts. 3, 4 y 5 de la Ley 3/91 de 10 de enero de Competencia Desleal; Ley 7/88 de Condiciones Generales de Contratación; arts. 70 *quáter*, 72, 78.4, 78 bis, 78 ter, 79, 79 bis, 79 ter, 79 y 82 de la Ley 24/88 de 28 de julio del Mercado de Valores, reformada por la Ley 47/07 de 19 de diciembre; Arts. 44, 45, 62, 64 y 72 del RD 217/08 de 15 de febrero de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (que deroga el anterior RD .629/93 de 3 de mayo de establecimiento de normas de actuación en los mercados de valores), y demás preceptos concordantes y de aplicación, con devolución recíproca de las cosas que fueron objeto del contrato (que para la entidad demandada se concreta en la cantidad de 21.748,85 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (97.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

«4º) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que por SS' no se acojan las peticiones anteriores, se declare LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS citados en el antecedente de hecho primero por la negligencia en la comercialización de obligaciones subordinadas por la parte demandada en virtud de los artículos 1.101, 1.106 y concordantes del Código Civil, y se declare como indemnización la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato (que para la entidad demandada se concreta en la cantidad de 21.748,85 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (97.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

«5º) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que por S.S.ª no se acoja el suplico anterior, se declare LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS citados en el antecedente de hecho primero por incumplimiento de la entidad demandada tanto de las obligaciones contractuales allí recogidas Como de las legales que les son aplicables, todo ello con fundamento en los artículos 1.124, 1.295 y concordantes del Código Civil, y se declare como indemnización la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato (que para la entidad demandada



se concreta en la cantidad de 21.748,85 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (97.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

»6º) Todo ello con expresa condena al pago de todas las COSTAS causadas en este procedimiento a la contraparte».

SEGUNDO.- La procuradora doña Ana María Garrido Martín, en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda deducida de adverso con expresa condena en costas a la parte actora».

TERCERO.- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Salamanca, dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimando la demanda formulada por la procuradora D.^a María Ángeles Vázquez Lucena en nombre y representación de D. Abelardo y D.^a Blanca, frente a Catalunya Banc S.A., representado por la procuradora D.^a Ana María Garrido, absuelvo a la parte demandada de las pretensiones contenidas en la demanda.

»Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D. Abelardo y D.^a Blanca, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Salamanca, dictó sentencia con fecha 22 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de D. Abelardo y D.^a Blanca contra la sentencia dictada por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Salamanca, en los autos de Juicio Ordinario de los que dimana este rollo, debemos confirmarla íntegramente sin que proceda hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada».

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Abelardo y D.^a Blanca con apoyo en los siguientes motivos: Único.- Ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por infracción de los artículos 1307, 1309, 1310 y 1311 CC.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de diciembre de 2017 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Armando García de la Calle, en nombre y representación de Catalunya Banc S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre del 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente caso plantea, como cuestión de fondo, en un supuesto de adquisición de obligaciones subordinadas, si el posterior canje obligatorio por acciones de la entidad emisora y su posterior venta no priva de legitimación activa, ni impide el ejercicio de la acción de la anulabilidad por error vicio en el consentimiento prestado.

2. En síntesis, D. Abelardo y D.^a Blanca, demandantes y aquí recurrentes, interpusieron una demanda contra Catalunya Banc S.A. (antes Caixa Catalunya y en la actualidad BBVA) por la que solicitaban, entre otras pretensiones, que se declarase la nulidad de la adquisición de obligaciones subordinadas suscrita con dicha entidad el 19 de septiembre de 2011 por un importe de 97.000 €, por haber sufrido un error vicio en el consentimiento prestado; todo ello con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

3. La sentencia de primera instancia consideró acreditado el error vicio en el consentimiento prestado por los adquirentes de las obligaciones subordinadas, pero, siguiendo el criterio sustentado por la Audiencia Provincial de Salamanca, declaró la falta de legitimación activa de los clientes y desestimó la demanda.



4. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial dictó sentencia desestimatoria del recurso al considerar, resumidamente, que el canje de las obligaciones subordinadas por acciones y la posterior venta de las acciones obtenidas supuso una confirmación tácita del contrato, por lo que resultaba inaplicable la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato inicialmente suscrito. De forma que los demandantes carecían de legitimación activa para el ejercicio de la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento prestado. Como consecuencia de lo cual, al desestimar el recurso de apelación de los demandantes, confirmó la desestimación de la demanda.

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso de casación.

Recurso de casación

SEGUNDO.- Obligaciones subordinadas. Nulidad de la adquisición por error vicio en el consentimiento prestado. Canje obligatorio y legitimación activa

1. El recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3° LEC, en la modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y se formula en un único motivo.

En el motivo se denuncia la infracción de los arts. 1307, 1309, 1310 y 1311 CC y la jurisprudencia que lo interpreta. En su desarrollo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe los preceptos citados porque los términos en que se produjo el canje obligatorio y la venta posterior de las acciones obtenidas como resultado del mismo distan mucho de una decisión libre y de voluntaria convalidación del contrato viciado, puesto que tales negocios (canje y venta de las acciones obtenidas) se realizaron para intentar recuperar una parte de la inversión y con indicación expresa de que no se renunciaba al ejercicio de las acciones legales procedentes.

Se invocan en apoyo del motivo las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, 22 de diciembre de 2009 y 17 de junio de 2010. Para justificar el interés casacional, se citan hasta veintiséis sentencias de Audiencias Provinciales con soluciones contradictorias.

2. El motivo debe ser estimado. La cuestión de la legitimación activa tras el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas ha sido objeto de tratamiento en la sentencia de esta sala 580/2017, de 25 de octubre, que, con cita de la anterior sentencia 448/2017 de 13 de julio, declara lo siguiente:

«[...] no puede considerarse, con fundamento en el art. 1307 CC, que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio prive a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad.

»Las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas salieron del patrimonio de la recurrente en el momento del canje obligatorio, por lo que ya desde esa fecha no era posible su restitución en ejecución de una eventual sentencia que declarara la nulidad del negocio originario de adquisición. De manera que la posterior aceptación de la oferta de adquisición del FGD no añadió nada a dicha imposibilidad de restitución, puesto que los títulos ya habían salido del patrimonio de la adquirente, no por su voluntad, sino por imposición administrativa anterior a la aceptación de la oferta de compra de las acciones. La cual, por cierto, no se hizo conforme a un precio negociado, y ni siquiera de mercado, sino conforme al precio fijado por un experto designado por el FGD, en el marco de la intervención administrativa de la entidad emisora y comercializadora.

»Ahora bien, el art. 1307 CC no priva de la acción de anulabilidad al contratante afectado por un vicio determinante de tal nulidad, sino que únicamente, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones. Y a esa modulación se adaptaron lo solicitado en la demanda y lo concedido en la sentencia de primera instancia.

»Tampoco cabe considerar que, conforme al art. 1314 CC, se haya extinguido la acción de nulidad contractual. A tenor del primer párrafo de dicho precepto, se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa que constituya su objeto se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitarla. Y no puede considerarse que [la recurrente, por el hecho de efectuar el canje obligatorio y vender posteriormente las acciones hubiera perdido la cosa (las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas) por dolo o culpa. Es más, dicha pérdida ni siquiera le es imputable, en cuanto que vino impuesta por el FROB y por las propias circunstancias económicas de la entidad emisora/comercializadora: o vendía con pérdida o no recuperaba nada de lo invertido.

»El art. 49.2 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, impide a los perjudicados solicitar la indemnización de daños y perjuicios por el menor valor obtenido por las acciones en relación con el capital invertido, pero no veda la posibilidad de ejercicio de la acción de restitución basada en la existencia de error vicio.»



Conforme a la doctrina expuesta, cabe concluir que el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones no privan de legitimación activa a los demandantes, ni impiden el ejercicio de la acción de anulabilidad por error vicio en la prestación del consentimiento.

TERCERO.- Asunción de la instancia. Error vicio del consentimiento prestado

1.- Lo hasta ahora expuesto conlleva la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia, a fin de resolver las restantes cuestiones planteadas en el recurso de apelación interpuesto por los demandantes.

2.- En este sentido, los demandantes en su recurso de apelación (alegación segunda) plantean la existencia de un error vicio en el consentimiento prestado, que califican de esencial y de excusable.

En cuanto al error vicio del consentimiento, hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, que en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente inversor no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, también la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

3. En el presente caso, no consta que la entidad bancaria cumpliera con sus deberes de información que resultaban exigibles a tenor de la naturaleza compleja del producto financiero objeto de la *litis*.

En este sentido ha resultado acreditado que fue la entidad bancaria quien ofertó y recomendó el producto financiero. Que los clientes, de avanzada edad (75 y 74 años, respectivamente), carecían de formación financiera acerca de las características y riesgos asociados del referido producto financiero, y ni siquiera tenían el certificado de estudios primarios. A su vez, tenían un claro perfil conservador. Con anterioridad, dichos clientes habían invertido, básicamente, en depósitos a plazo fijo. Tampoco se ha acreditado que la entidad bancaria facilitara información precontractual a los clientes acerca de las características y los riesgos asociados del producto financiero ofertado.

4. Como consecuencia de lo expuesto, debe estimarse el recurso de apelación, a fin de estimar la demanda interpuesta en cuanto a su pretensión segunda (nulidad relativa o anulabilidad del contrato). De forma que la restitución de las obligaciones consistirá en que la entidad demandada, Catalunya Banc S.A., habrá de abonar a los demandantes la cantidad de 21.748,85 euros (cantidad no recuperada tras la venta de acciones obtenidas en el canje), con sus intereses legales desde la fecha de la inversión, y los demandantes deberán reintegrar a la demandada los rendimientos percibidos, más sus intereses legales desde la fecha de cobro, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala (sentencias 716/2016, de 30 de noviembre; 734/2016, de 20 de diciembre; 270/2017, de 4 de mayo; 434/2017, de 11 de julio; y 561/2017, de 16 de octubre).

CUARTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él generadas, a tenor del art. 398.2 LEC.

2.- La estimación del recurso de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, conlleva que tampoco se impongan las causadas por su formulación, según previene el mismo art. 398.2 LEC.

3.- A su vez, la estimación del recurso de apelación supone la estimación de la demanda, por lo que deben imponerse a la parte demandada las costas de la primera instancia, conforme dispone el art. 394.1 LEC.

4.- Asimismo, procede la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, 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. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Abelardo y D.^a Blanca contra la sentencia dictada, con fecha 22 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, en el rollo núm. 276/2015, que anulamos y dejamos sin efecto.
2. Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Abelardo y D.^a Blanca contra la sentencia núm. 44/2015, de 18 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7, de Salamanca, en el juicio ordinario núm. 179/2014, que revocamos.
3. Estimar la demanda formulada por D. Abelardo y D.^a Blanca contra Catalunya Banc S.A. (actualmente BBVA S.A.), declarar la nulidad del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas celebrado el 19 de septiembre de 2011 y ordenar la restitución de prestaciones, por lo que la entidad demandada habrá de abonar a los demandantes la cantidad de 21.748,85 euros, con sus intereses legales desde la fecha de la inversión, y los demandantes deberán reintegrar los rendimientos percibidos más sus intereses legales desde la fecha de cobro.
4. Condenar a Catalunya Banc S.A. al pago de las costas de primera instancia.
5. No hacer expresa imposición de costas del recurso de apelación y del de casación.
6. Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación.

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo

Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena

Pedro Jose Vela Torres