



Roj: **STS 1527/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1527**

Id Cendoj: **28079110012019100259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2019**

Nº de Recurso: **3275/2016**

Nº de Resolución: **271/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5853/2016,**
STS 1527/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 271/2019

Fecha de sentencia: 17/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3275/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VALENCIA SECCION N. 9

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3275/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 271/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 17 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Cosme , representado por la procuradora D.ª Isabel Afonso Rodríguez, bajo la dirección letrada de D.ª Eloina Vizcaíno Orozco, contra la sentencia núm. 804/2016, de 14 de julio, dictada por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 1235/2016 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1146/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia. Ha sido parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., (sucesor por absorción de Catalunya Banc S.A.), representada por el procurador D. Armando García de la Calle y bajo la dirección letrada de D.ª Mónica Del Collado Picó.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Silvia Gastaldi Orquín, en nombre y representación de D. Cosme , interpuso demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

" 1.- *SE DECLARE* la NULIDAD O ANULACIÓN de la suscripción de Obligaciones Subordinadas 6ª y 7ª emisión de fecha 04-11-2003 y 13-01-2005 respectivamente.

" 2.- *SE DECLARE* la NULIDAD O ANULACIÓN del canje y posterior venta de acciones al Fondo de Garantía de Depósitos (DOCUMENTO N° 9), así como de las ventas de Obligaciones Subordinadas 6ª emisión realizadas en fecha 17-12-09 y 22-01-10 (según consta en DOCUMENTO N° 12).

"Y consecuencia de dichas declaraciones, se retrocedan las prestaciones recibidas, y, de conformidad con los cálculos realizados en el hecho cuarto de la demanda, se CONDENE a la demandada al pago de *VEINTIDÓS MIL QUINIENTOS OCHENTA EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS (22.580,96.- €)* , correspondientes al principal pendiente de devolución, con la deducción de los rendimientos percibidos por el actor por motivo de los contratos nulos, mas los intereses legales desde la suscripción de fecha 04-11-2003 y 13-01-2005 (véase cálculo realizado en el hecho cuarto).

"3.- *SUBSIDIARIAMENTE SE DECLARE* la RESOLUCIÓN de la suscripción de las Obligaciones subordinadas citadas y del canje y posterior venta de acciones al FGD, así como de las ventas de Obligaciones Subordinadas 6ª emisión realizadas en fecha 17-12-09 y 22-01-10 (según consta en DOCUMENTO N° 12).

"Y consecuencia de dicha declaración, *SE CONDENE* a la demandada al pago de *VEINTIDÓS MIL QUINIENTOS OCHENTA EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS (22.580,96.- €)*, correspondientes al principal pendiente de devolución, con la deducción de los rendimientos percibidos por el actor por motivo de los contratos nulos, mas los intereses legales desde la suscripción de fecha 04-11-2003 y 13-01-2005 (véase cálculo realizado en el hecho cuarto).

" 4.- *SE CONDENE* a la parte demandada al pago de las costas procesales que origine este procedimiento."

2.- La demanda fue presentada el 22 de julio de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia, se registró con el núm. 1146/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Eva María Badías Bastida, en representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia dictó sentencia n.º 381/2015, de 23 de diciembre , con la siguiente parte dispositiva:

"Que, estimando la demanda interpuesta por la representación de Don Cosme , contra CATALUNYA BANC, S.A.:

"1. Se declara la nulidad de la suscripción de Obligaciones Subordinadas Caixa Catalunya 6ª y 7ª Emisión, con fechas 4 de noviembre de 2.003 y 13 de enero de 2.005, respectivamente.

"2. Se condena a la demandada al pago a la actora de la cantidad de 96.000 euros y a los intereses legales desde el cargo en cuenta, teniendo en consideración para su cálculo las ventas efectuadas; con deducción de 84.635,80 euros por la venta de las acciones, de 21.989,31 euros como rendimientos percibidos y de los intereses legales de los rendimientos desde su percepción.

"3. Se condena a la demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Catalunya Banc S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 1235/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 14 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

"ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de CATALUNYA BANC S.A.U contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Valencia de 23/12/2015 , que revocamos y dejamos sin efecto.

DESESTIMAMOS la demanda formulada por Cosme contra la entidad CATALUNYA BANC S.A.U, a la que absolvemos de los pedimentos contra ella deducidos.

Respecto de las costas del proceso (de instancia y de apelación) cada una de las partes soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Silvia Gastaldi Orquín, en representación de D. Cosme , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º LEC por infracción de los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil en relación con el artículo 1.208 CC , presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales (Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia sección Sexta de fechas 14-07-20165 y 09-12-2015 , y de la sección Novena de fechas 20-10-2015 y 14-07-2016).

"Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º LEC por infracción de los artículos 1.101 y 1.106 del Código civil , en relación con los artículos 1.124 , 1.107 , 1.108 y 1303 Cc , en cuanto no han sido aplicados, presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (Sentencias de fecha 17-06-1986 y de 27-10-2005 ."

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 13 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Cosme presentó el día 13 de septiembre de 2016 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 14 de julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, en el rollo de apelación nº 1235/2016 , dimanante del juicio ordinario n.º 1146/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia".

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 24 de abril de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 9 de mayo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 4 de noviembre de 2003 y el 13 de enero de 2005, D. Cosme adquirió títulos de la sexta y séptima emisión de obligaciones de deuda subordinada de Catalunya Caixa, por importe total de 96.000 €.

2.- Todos los títulos de obligaciones subordinadas indicados resultaron afectados por el proceso de resolución de Catalunya Caixa, de forma que, en primer lugar, las obligaciones subordinadas fueron convertidas en acciones de la nueva entidad Catalunya Banc S.A., y acto seguido vendidas al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD).

Como consecuencia de tales operaciones, el Sr. Cosme recuperó 84.635,80 €.

3.- El Sr. Cosme interpuso una demanda contra Catalunya Banc S.A. (actualmente, BBVA S.A.), en la que solicitó que se declarase la nulidad de los contratos de adquisición de las obligaciones subordinadas antes indicados y se ordenara la restitución de las prestaciones. Y, subsidiariamente, que condenara a la demandada a indemnizar al demandante por los daños y perjuicios sufridos, que cifró en 22.580,96 €.



4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la pretensión principal de la demanda, al considerar, resumidamente, que el incumplimiento por parte de la entidad financiera de sus obligaciones de información había provocado que el cliente prestara su consentimiento viciado por error. Por lo que declaró la nulidad de las adquisiciones de las obligaciones subordinadas y ordenó la restitución de las prestaciones.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso, al considerar, resumidamente, que: (i) la venta libre y voluntaria al FGD de las acciones obtenidas en el canje obligatorio había extinguido los primitivos contratos de compra de los títulos de obligaciones subordinadas, por lo que el demandante carecía de legitimación activa para instar la nulidad; (ii) no había perjuicio indemnizable, puesto que la suma de lo recuperado con la venta de las acciones canjeadas y lo obtenido como rendimientos era superior a lo invertido.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Primer motivo. Planteamiento*

1.- El primer motivo del recurso de casación, planteado al amparo del art. 477.2.3º LEC, en la modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, denuncia la infracción de los arts. 1303 y 1307, en relación con el 1208, del Código Civil (CC).

2.- 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 no privan al demandante de su acción para instar la nulidad de los contratos de adquisición de las obligaciones subordinadas, ni supone confirmación del contrato nulo.

TERCERO.- *Subsistencia de la acción para instar la nulidad del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas tras el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas en el canje*

1.- En las sentencias 448/2017, de 13 de julio; 580/2017, de 25 de octubre; 670/2017, de 14 de diciembre; 51/2018, de 31 de enero; 139/2018, de 7 de marzo; 190/2018, de 5 de abril; y 374/2018, de 20 de junio, hemos declarado que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio no priva a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad.

Las obligaciones subordinadas salieron del patrimonio del 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 del inversor, 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.

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.

2.- Ello conlleva la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia, a fin de desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

CUARTO.- *Asunción de la instancia. Error vicio del consentimiento. Inexistencia de confirmación*

1.- 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 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 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.

2.- En este caso, no consta que se informara al Sr. Cosme sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en el art. 79 LMV y en el RD 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos litigiosos.

En particular, no consta que se advirtiera al demandante de los riesgos de falta de liquidez, ni de la posibilidad de pérdida de la inversión. Al contrario, según consta por la prueba practicada en el juicio, el director de la oficina que comercializó el producto reconoció que el demandante solo tenía depósitos a plazo fijo, no había invertido nunca en productos de riesgo y que las obligaciones subordinadas se le ofrecieron como un producto similar, seguro y de recuperación inmediata, sin entregarle documentación explicativa alguna. Y en la orden de compra de la segunda adquisición no solo no se advertía de los riesgos del producto, sino que decía que estaba indicado para inversores que querían asumir pocos riesgos o invertir a un plazo corto.

3.- Asimismo, tampoco cabe considerar que la percepción de intereses o rendimientos por parte del inversor suponga la confirmación de los contratos viciados (SSTS 19/2016, de 3 de febrero; 503/2016, de 19 de julio; 691/2016, de 23 de noviembre; y 600/2018, de 31 de octubre, entre otras muchas), ni vaya contra los actos propios del demandante.

Como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Además, cuando existe error excusable e invalidante del contrato no puede considerarse que el cliente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando se le informa de que la entidad emisora es insolvente, ha sido intervenida por el FROB y está obligado legalmente a un canje de los títulos por acciones.

Por el hecho de recibir los rendimientos pactados no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo que no se ha producido en el momento de recibir los dividendos, pues el cliente piensa que el contrato está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resulta, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC.

4.- Como consecuencia de lo cual, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia de primera instancia, puesto que la misma es plenamente acorde con la jurisprudencia de esta sala, inclusive en cuanto al alcance del deber recíproco de restitución de las prestaciones (art. 1303 CC), en tanto que en caso de nulidad contractual por vicio del consentimiento, los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirente y consisten en la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por el adquirente, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por el comprador de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono (por todas, sentencia 434/2017, de 11 de julio).

QUINTO.- 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 desestimación del recurso de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, conlleva que deban imponerse las costas a la parte apelante, según ordena el art. 398.1 LEC.

3.- Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Cosme contra la sentencia núm. 804/2016, de 14 de julio, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación nº 1235/2016 , que anulamos y dejamos sin efecto.
- 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A. (actualmente, BBVA S.A.) contra la sentencia n.º 381/2015, de 23 de diciembre, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 19 de Valencia , en el juicio ordinario n.º 1146/2014, que confirmamos.
- 3.º- Condenar a BBVA S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.
- 4.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.
- 5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso de apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.