



Roj: **STS 1712/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1712**

Id Cendoj: **28079110012019100283**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **604/2017**

Nº de Resolución: **314/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2733/2016,**  
**STS 1712/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 314/2019**

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 604/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 604/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 314/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

En Madrid, a 3 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2016, dictada en recurso de apelación 770/2016, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dimanante de autos de juicio ordinario 1864/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Sevilla; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Carmen y D. Julián, representados en las instancias por la procuradora Dña. Ana Asensio Vegas, bajo la dirección letrada de D. Enrique Osuna Martínez-Bone, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Luis Fernando Pozas Osset en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., como sucesora por fusión por absorción de la entidad Catalunya Banc S.A., representado por la procuradora Dña. Ana Llorens Pardo, bajo la dirección de la letrada Dña. Mónica del Collado Picó.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Carmen y D. Julián, representados por la procuradora Dña. Ana María Asensio Vegas y dirigidos por el letrado D. Fernando Osuna Gómez, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que:

"A) Declare la nulidad, absoluta o de pleno derecho, o relativa o anulabilidad, de las operaciones de suscripción de 70 títulos del producto part. preferentes serie A y B Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited, por un importe de 70.000.-€, a cargo de mis poderdantes.

"B) Condene a Caixabanc S.A. al reintegro a Dña. Carmen y D. Julián de la cantidad de cuarenta y cinco mil doscientos cuarenta y cinco euros con sesenta céntimos 45.245,60.-€ resultante de la restitución recíproca de los pagos efectuados entre las partes derivados del contrato, con motivo de la nulidad del mismo, condenando igualmente al pago de intereses legales, al tipo de interés legal del dinero vigente en cada momento, hasta su completo pago.

"C) De manera subsidiaria a lo anterior, se declare la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones legales de diligencia, información y lealtad, en la venta de los productos objeto de esta demanda, y condene como consecuencia de lo anterior a Caixabanc S.A., al pago de la indemnización por daños y perjuicios ascendente a cuarenta y cinco mil doscientos cuarenta y cinco euros con sesenta céntimos (45.245,60.-€), más los intereses legales desde la venta de las acciones al FGD.

"D) Condene a la demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

**2.-** La entidad demandada Catalunya Banc S.A., representada por el procurador D. José Enrique Ramírez Hernández y bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que desestime íntegramente la misma, absolviendo a mi mandante de los pedimentos formulados, todo ello con expresa imposición de costas en ambos casos a la parte actora".

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Sevilla se dictó sentencia, con fecha 18 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Ana María Asensio Vegas, en nombre y representación de Dña. Carmen y D. Julián, contra Catalunya Banc, Sociedad Anónima, debo declarar y declaro la nulidad de las operaciones de suscripción de setenta títulos del producto participaciones preferentes serie A y B Caixa Catalunya Preferential Issuance Ltd. por importe de setenta mil euros y debo condenar y condeno a la demandada a pagar a la actora la cantidad de cuarenta y cuatro mil novecientos veintinueve con veintitrés (44.929,23) euros, más intereses legales al tipo del interés legal del dinero vigente en el momento de cada orden de compra, sin realizar imposición de costas procesales".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia, con fecha 14 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 18 de noviembre de 2015, dictó el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de esta ciudad, en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, debemos absolver y absolvemos por completo a la demandada, Caixabank S.A., de los pedimentos de la demanda deducida en su contra por D. Julián y Dña. Carmen, imponiendo a éstos el pago de las costas causadas en la primera instancia y sin que se haga imposición, en cambio, de las de esta alzada".

**TERCERO.- 1.-** Por Dña. Carmen y D. Julián se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- Infracción del art. 1311 del CC y jurisprudencia que lo interpreta, al considerar la confirmación tácita o purificación de los contratos de adquisición de participaciones preferentes de Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited, en relación con la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en: STS 535/2015, de 15 de octubre, rec. 452/2012, STS 668/2015, de 4 de diciembre, rec. 1468/2012, STS 744/2015, de 30 de diciembre, rec. 2379/2012, STS 154/2016, de 11 de marzo, rec. 3334/2012, STS 605/2016, de 6 de octubre, rec. 2747/2014, STS 691/2016 de 23 de noviembre, rec. 1699/2013, y STS 734/2016, de 20 de diciembre, rec. 1624/2014.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 23 de enero de 2019, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., personada en legal forma como sucesora por absorción de Catalunya Banc S.A. y en su calidad de recurrida, presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 29 de mayo de 2019, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO** .- *Antecedentes.*

Doña Carmen y don Julián, hoy recurrentes, interpusieron una demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc, S.A., en la que ejercitaban la acción de nulidad y de anulabilidad por vicio en el consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes de Caixa Catalunya, y subsidiariamente de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones que incumbían a la entidad vendedora, la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, a quien, después, vino a sustituir la demandada.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de las operaciones de suscripción de setenta títulos del producto participaciones preferentes serie A y B Caixa Catalunya Preferential Issuance Ltd. y condenó a la demandada a pagar la cantidad de 44.929,23 euros.

Se destacaba la existencia de estudios primarios, y la calificación del perfil como conservador, por el propio banco.

La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial por sentencia de 14 de diciembre de 2016 que revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

En lo que aquí interesa, la Audiencia razona que la Caixa, dando cumplimiento a una resolución de 7 de junio de 2013 de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), accedió a la recompra de las referidas participaciones preferentes, a cambio de la entrega a los actores de acciones ordinarias de nueva emisión, a lo que éstos accedieron libremente y, después, aceptando voluntariamente también la oferta efectuada por el FGD, vendieron a éste esas acciones canjeadas, con una quita acordada por el FROB. Y entiende que tales operaciones posteriores, de canje de las participaciones preferentes adquiridas y posterior venta de las acciones ordinarias canjeadas, suponen la renuncia y extinción de la acción de nulación y, consiguientemente, la confirmación tácita y purificación o subsanación de los contratos a que el pleito se refiere.

Contra la anterior sentencia los demandantes apelados interpusieron recurso de casación en la modalidad de interés casacional.

El recurso se funda en la infracción del art. 1311 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

### **SEGUNDO** .- *Motivo único.*



Motivo único.- Infracción del art. 1311 del CC y jurisprudencia que lo interpreta, al considerar la confirmación tácita o purificación de los contratos de adquisición de participaciones preferentes de Caixa Catalunya Preferential Inssuance Limited, en relación con la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en: STS 535/2015, de 15 de octubre, rec. 452/2012 , STS 668/2015, de 4 de diciembre, rec. 1468/2012 , STS 744/2015, de 30 de diciembre, rec. 2379/2012 , STS 154/2016, de 11 de marzo, rec. 3334/2012 , STS 605/2016, de 6 de octubre, rec. 2747/2014 , STS 691/2016 de 23 de noviembre, rec. 1699/2013 , y STS 734/2016, de 20 de diciembre, rec. 1624/2014 .

Se estima el motivo.

Esta sala ha de declarar que la parte recurrente, antes demandante, hizo constar en el encabezamiento de su demanda, en relación con el suplico de la misma, la nulidad de los contratos realizados, incluido el de venta de acciones.

La sentencia recurrida es contraria a la doctrina de esta sala en la materia y que se ha dictado con posterioridad a la interposición del recurso. En concreto la sentencia 448/2017, de 13 de julio, en el recurso 999/2015 , establece lo siguiente:

"[...] 2.- El canje obligatorio impuesto por el FROB a los inversores no es, desde luego, un acto facultativo que quepa atribuir a la mera voluntad de los recurrentes, con los efectos de confirmación tácita que establece el art. 1311 del Código Civil .

"Igualmente, la aceptación de la oferta de adquisición de las acciones recibidas a cambio de las obligaciones subordinadas no integra un acto voluntario en sentido estricto, puesto que, en realidad, no existía otra alternativa razonable para los adquirentes, atendidas las vicisitudes por las que atravesaba la entidad intervenida. Además, no puede tenerse por acto propio de sentido confirmatorio inequívoco la venta posterior de las acciones al FGD, en tanto que los vendedores manifestaron de forma expresa que aceptaban la oferta del FGD por no tener otra opción para recuperar una parte de lo invertido y sin renunciar a ninguna de las acciones derivadas del contrato que frente a la misma tuviera conforme a derecho.

"Las circunstancias concurrentes, relativas a la imposición a los adquirentes por disposición administrativa, adoptada en el marco de la intervención de la entidad demandada, de la transmisión de los títulos de deuda subordinada y de la reinversión de lo obtenido en acciones no negociables de Catalunya Banc S.A., seguida de la aceptación de oferta para su adquisición efectuada por el FGD, impiden considerar que nos encontremos ante un supuesto de confirmación tácita, en los términos del ya citado art. 1311 CC . Resulta palmario que a quien se le impuso administrativamente canjear sus obligaciones subordinadas por acciones no pueda imputársele posteriormente la realización de un acto propio en sentido jurídico (es decir, voluntario y dirigido a causar estado), ni tampoco que dicho acto impuesto revele de forma inequívoca una determinada voluntad.

"3.- Tampoco es admisible la objeción formulada por la parte recurrida, con invocación del art. 1307 CC , sobre la falta de legitimación de los recurrentes para instar la nulidad pretendida en la demanda, debido a la venta voluntaria de las acciones objeto de canje, que -según la recurrida- impediría la anulación de la compraventa inicial de obligaciones subordinadas, puesto que la cosa objeto el contrato ya no se encuentra existe en el patrimonio de los demandantes por su decisión libre y voluntaria, e implicaría la imposibilidad material de ejecutar una eventual sentencia estimatoria con efectos restitutorios.

"Las obligaciones subordinadas salieron del patrimonio de los recurrentes 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 los adquirentes, 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.

"4.- Asimismo, no se comparte la afirmación de la Audiencia Provincial de que, conforme al art. 1314 CC se ha 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 los recurrentes, por el hecho de efectuar el canje obligatorio y vender posteriormente las acciones hubieran perdido la cosa (las obligaciones subordinadas) por



dolo o culpa. Es más, dicha pérdida ni siquiera les es imputable, en cuanto que vino impuesta por el FROB y por las propias circunstancias económicas de la entidad emisora/comercializadora: o vendían con pérdida o no recuperaban nada de lo invertido.

"Asimismo, ha de tenerse en cuenta que 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 en modo alguno la posibilidad de ejercicio de la acción de restitución basada en la existencia de error vicio [...]".

Doctrina la expuesta que ha sido objeto de ratificación posterior, entre otras, en las sentencias 580/2017, de 25 de octubre, recurso 1950/2015, 40/2018, de 26 de enero, recurso 1633/2015 y 43/2019, de 22 de enero, recurso 1540/2016.

Estimado el motivo y asumiendo la instancia, casamos la sentencia recurrida y confirmamos íntegramente la sentencia de 18 de noviembre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Sevilla (procedimiento ordinario 1864/2014), cuyos razonamientos son plenamente coherentes con la doctrina jurisprudencial de esta sala.

**TERCERO** .- Costas.

No procede imposición en las costas de la casación, con devolución del depósito constituido ( arts. 394 y 398 LEC ).

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

## 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 Dña. Carmen y D. Julián contra sentencia de fecha 14 de diciembre de 2016, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla (apelación 770/2016).

**2.º**- Casar la sentencia recurrida y confirmar íntegramente la sentencia de 18 de noviembre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Sevilla (procedimiento ordinario 1864/2014).

**3.º**- No procede imposición en las costas de la casación, con devolución del depósito constituido.

Se imponen a la demandada las costas de la 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.