



Roj: **STS 2568/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2568**

Id Cendoj: **28079110012018100410**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2018**

Nº de Recurso: **3010/2015**

Nº de Resolución: **411/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SA 361/2015,**
STS 2568/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 411/2018

Fecha de sentencia: 03/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3010/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/06/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

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

Transcrito por: GM

Nota:

CASACIÓN núm.: 3010/2015

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. 411/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 3 de julio de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 209/2015 de 15 de julio de 2015, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 286/2014 del Juzgado de Primera Instancia de Salamanca núm. 7, sobre nulidad, anulabilidad y resolución de contrato de adquisición de obligaciones subordinadas.

El recurso fue interpuesto por D. Sixto y D.^a Purificación , representados por la Procuradora de D.^a María Ángeles Vázquez Lucena y bajo la dirección letrada de D. Florencio Bermúdez Benito.

Es parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., BBVA, sucesor por fusión y 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. Francisco Javier Orduña Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a María Ángeles Vázquez Lucena, en nombre y representación de D. Sixto y D.^a Purificación , interpuso demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] en «Suplico al juzgado que teniendo por presentado este escrito con la documentación que se acompaña y sus copias, se sirva admitirlos y, en su virtud, tenga por formulada demanda de juicio ordinario contra la entidad la entidad Catalunya Banc, S.A. (antigua Catalunya Caixa) y previos los trámites legales pertinentes, entre el que se encuentra el recibimiento de las actuaciones a prueba, que ya se deja interesado, se dicte en su día sentencia por la que estimando la demanda:

»1.º) Se declare la nulidad absoluta del contrato de obligaciones subordinadas suscrito entre nuestros representados, y la demandada, la entidad bancaria a. 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 seis mil doscientos setenta y siete euros con noventa y dos céntimos (6.277,92 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 (28.000 €) hasta que se dicte sentencia definitiva, todo ello descontando los intereses que se hayan recibido por los actores.

»2.º) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que por SS^a no se acoja al 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, (antigua Catalunya Caixa) por error en el consentimiento (Artículos 1265 y concordantes del Código Civil), y se condene a la entidad financiera demanda a reintegrar a mis mandantes la cantidad de seis mil doscientos setenta y siete euros con noventa y dos céntimos (6.277,92 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 (28.000 €) hasta que se dicte sentencia definitiva, todo ello descontando los intereses que se hayan recibido por los actores.

»3.º) Subsidiariamente, para el improbable supuesto de que por SS^a no se acojan a 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 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 de Condiciones Generales de Contratación; arts. 70 quáter , 72 , 78.4 , 78 bis , 78 ter , 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 evolución recíproca de las cosas que fueron objeto del contrato (que para la entidad demandada se concreta en la cantidad de 6.277,92 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (28.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

»4.º) 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 ligaciones subordinadas por la parte demandada en virtud de los artículos 1.101 , 1106 y concordantes del Código Civil , y se declare como indemnización la devolución de las costas que fueron objeto



del contrato (que para la entidad demandada se concreta la cantidad de 6.277,92 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (28.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

»5.º) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que por SS' 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 6.277,92 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal(28.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

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

2.- La demanda fue presentada el 10 de abril de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia de Salamanca núm. 7, fue registrada con el núm. 286/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Ana María Garrido Martín, en representación de Catalunya Banc, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia de Salamanca núm. 7, dictó sentencia de 17 de marzo, que con la siguiente parte dispositiva:

« Desestimando la demanda formulada por la Procuradora D.ª María Ángeles Vázquez Lucena, en nombre y representación de D. Sixto y D.ª Purificación contra Catalunya Banc, S.A., representada por la Procuradora D.ª Ana María Garrido, absuelvo a la parte demandada de las pretensiones contenidas en la demanda.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Sixto y D.ª Purificación La representación de Catalunya Banc, S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, que lo tramitó con el número de rollo 228/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 15 de julio de 2015 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de D. Sixto y D.ª Purificación contra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Salamanca de fecha 17 de marzo de 2015 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.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La Procuradora D.ª María Ángeles Vázquez Lucena, en nombre y representación de D. Sixto y D.ª Purificación , interpuso recurso de casación por interés casacional.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero, de la L.E.C ., por cuanto que la sentencia recurrida incurre en infracción, entre otros, de los artículos 1307 , 1310 y 1311 y concordantes del Código Civil [...].»

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 29 de noviembre de 2017, que admitió el recurso, y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

3.- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., BBVA, sucesor por fusión y absorción de Catalunya Banc, S.A. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1. El presente caso, con relación a una adquisición de títulos de obligaciones de deuda subordinada Catalunya Banc, S.A. (antes Caixa Catalunya, S.A. y en la actualidad BBVA, S.A.) plantea, como cuestión de fondo, si el canje obligatorio por acciones de la misma entidad impuesto por el FROB y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos pueden calificarse como actos confirmatorios de la suscripción realizada.

2. El 2 de diciembre de 2008, D. Sixto y D.^a Purificación, aquí parte recurrente, contrataron con la entidad Catalunya Caixa la adquisición de 56 títulos de obligaciones de deuda subordinada de la citada entidad por importe de 28.000 euros.

Tras el canje obligatorio impuesto por el FROB y la posterior venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos, los clientes lograron recuperar 21.722,08 euros de la cantidad inicialmente invertida que ascendió a los 28.000 euros.

El 10 de abril de 2014, los clientes interpusieron una demanda contra Catalunya Banc, S.A. en la que solicitaban la nulidad de la adquisición realizada por ausencia de consentimiento y subsidiariamente su anulabilidad por error vicio en el consentimiento prestado, con la consiguiente restitución del capital perdido en la inversión (6.277,92 euros), más los intereses devengados desde la firma de los contratos y con el descuento de los rendimientos económicos percibidos.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En primer término, consideró que había sido acreditado el error vicio en el consentimiento prestado por los clientes, pues se trataba de personas de avanzada edad, sin conocimientos y experiencia financiera en estos productos, de perfil conservador que contrataron este producto financiero con ausencia del test de idoneidad y por la recomendación del director de la sucursal que calificó dicho producto como un producto financiero de riesgo bajo.

Sin embargo, en segundo término, con base a la doctrina sentada por la Audiencia Provincial de Salamanca (sentencia de pleno de 22 de diciembre de 2014) consideró que, tras el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos, se había producido una confirmación tácita del contrato realizado que impedía apreciar el error vicio en el consentimiento prestado.

4. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la sentencia de la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia. A los efectos que aquí interesan declaró:

«[...] Y en el presente caso no puede haber duda alguna respecto a que la venta libre y voluntaria realizada por los demandantes al Fondo de Garantía de Depósitos de las acciones que en virtud del canje obligatorio recibieron en sustitución de las obligaciones subordinadas inicialmente suscritas ha de considerarse como un acto de confirmación tácita, ya que no puede sostenerse que en tal momento desconocieran ya los actores el error padecido sobre la verdadera naturaleza de la inversión realizada y los riesgos inherentes a la misma, toda vez que estos riesgos (riesgos de pérdidas y falta de liquidez) se habían ya materializado en su propio perjuicio. Lo que asimismo determina la inaplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato, prevista en el artículo 1.208 del Código Civil, al faltar el presupuesto de la misma. Cual es la existencia de un previo contrato inválido e ineficaz, al haber quedado convalidado el inicial contrato de suscripción de las obligaciones subordinadas por la posterior venta libre y voluntaria de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos.»

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

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Adquisición de títulos de obligaciones subordinadas y de participaciones preferentes. Error vicio en el consentimiento prestado. El canje obligatorio y la posterior venta de acciones obtenidas en el canje no suponen la confirmación o convalidación del contrato viciado por error en el consentimiento.

1. Los recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 L.E.C., interponen recurso de casación que articula en un único motivo. En dicho motivo los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 1307, 1309, 1310 y 1311 C.C. En síntesis, argumentan que la venta de las acciones obtenidas tras el canje obligatorio impuesto por el FROB no supone una convalidación tácita del contrato original, puesto que el canje y la posterior venta no se realizaron de manera voluntaria sino como única posibilidad de recuperar parte de lo invertido y con la condición de no renunciar a las acciones legales pertinentes.

2. El motivo debe ser estimado.

La cuestión aquí plantada ya ha sido objeto de examen por esta sala, entre otras, en sus sentencias 448/2017, de 13 de julio y 51/2018, de 31 de enero. En concreto, en esta última sentencia hemos declarado:



«[...] no cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de los títulos por acciones, puesto que el error ya se había producido y los clientes, ante el riesgo cierto que suponía que la entidad emisora no tenía la solvencia que manifestaba, aceptó dicho canje y posterior venta de las acciones obtenidas a fin de intentar incurrir en las menores pérdidas posibles.

» El canje obligatorio impuesto por el FROB no es, desde luego, un acto facultativo que quepa atribuir a la mera voluntad de los recurrentes.

» Igualmente, la aceptación de la oferta de adquisición de las acciones recibidas a cambio de las participaciones preferentes 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.

» Las circunstancias concurrentes, relativas a la imposición a los adquirentes por una disposición administrativa, adoptada en el marco de la intervención de la entidad demandada, de la transmisión de los títulos de participaciones preferentes y de la reinversión de lo obtenido en acciones no negociables de Catalunya Banc S.A., seguida de la aceptación de la 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 participaciones preferentes 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. La sentencia recurrida se aparta de la jurisprudencia expuesta, por lo que procede la estimación del recurso de casación con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida y asumir la instancia a fin de examinar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes.

4. En cuanto al error vicio del consentimiento alegado por los demandantes, 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, incluida 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.

5. En el presente caso, con relación a unos clientes de avanzada edad, sin conocimientos y experiencia financiera en esta clase de productos, no consta que se les informara sobre la naturaleza, circunstancias y riesgos concretos del producto, ni que tampoco se hiciera un estudio del perfil inversor de los mismos. Es más, el empleo de la entidad que comercializó el producto reconoció el perfil conservador de los clientes y que la suscripción del producto fue recomendada por el anterior director de la sucursal que catalogó dicho producto financiero como «un producto de riesgo bajo».

En consecuencia, debe apreciarse el error vicio del consentimiento y, con ello, la estimación del recurso de apelación.

TERCERO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa imposición de las costas del mismo, conforme a lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, D. Sixto y D.^a Purificación, lo que comporta que tampoco se haga expresa imposición de costas de la apelación, conforme a lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.



3.- A su vez, la estimación del recurso de apelación comporta la estimación de la demanda interpuesta, por lo que debe imponerse a la parte demandada Catalunya Banc, S.A., las costas de primera instancia.

4.- Asimismo, procede ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de os 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 procesal de D. Sixto y D.ª Purificacion contra la sentencia dictada, con fecha 15 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 228/2015 , que anulamos y dejamos sin efecto.

2. Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Sixto y D.ª Purificacion contra la sentencia 42/2015, de 17 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Salamanca , en el juicio ordinario núm. 286/2014, que revocamos.

3. Estimar la demanda interpuesta por D. Sixto y D.ª Purificacion contra Catalunya Banc, S.A. (actualmente BBVA, S.A.), declarar la nulidad de los contratos de adquisición de títulos de obligaciones de deuda subordinada celebrado entre las partes el 2 de diciembre 2008 y ordenar la correspondiente restitución de las prestaciones realizadas, por lo que la entidad demandada habrá de abonar a los demandantes la cantidad no recuperada de la inversión inicial tras la venta de las acciones obtenidas en el canje, con sus intereses legales desde la fecha de la inversión, y los demandantes deberán reintegrar los rendimientos percibidos, más sus intereses desde la fecha del cobro.

4. Condenar a la parte demandada al pago de las costas de la primera instancia.

5. No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación.

6. Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.