



Roj: **STS 3249/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3249**

Id Cendoj: **28079110012018100519**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **3645/2015**

Nº de Resolución: **515/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 763/2015,**
STS 3249/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 515/2018

Fecha de sentencia: 20/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3645/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BURGOS SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3645/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 515/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 20 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Eutimio , representado por el procurador D. Francisco García Crespo, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Alonso Durán, contra la sentencia núm. 329/2015, de 28 de octubre, dictada por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos, en el recurso de apelación núm. 251/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 632/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos, sobre nulidad de contrato (obligaciones subordinadas). Ha sido parte recurrida Catalunya Banc S.L., representada por el procurador D. Armando García de la Calle y bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Miguel Ángel Esteban Ruiz, en nombre y representación de D. Eutimio , interpuso demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

«1º.- Se declare la nulidad de los contratos unidos como documentos nº 11 y 12 (órdenes de compra de títulos de la octava emisión de deuda subordinada de Catalunya Caixa). Sea por nulidad de pleno derecho, sea por nulidad relativa o anulabilidad.

»2º.- Se condene a la demandada a restituir a la parte actora la cantidad percibida de ésta por causa de los citados contratos (79.500 euros) con deducción del precio entregado al actor a consecuencia de la venta de las acciones de canje obligatorio producida el día 11 de julio de 2013 (61.676,02 euros) y con deducción de los intereses percibidos por la parte actora por causa del mismo contrato (9.913,78 euros), esto es, se condene a pagar a los demandantes 7.910,20 euros.

»3º.- Se condene a la demandada a abonar a la parte actora:

- Los intereses legales devengados sobre los 79.500 euros depositados en la entidad demandada a consecuencia de los contratos acompañados como documentos nº 11 y 12 (órdenes de compra de títulos de la octava emisión de deuda subordinada Catalunya Caixa) desde su entrega (61.500 euros desde el día 17 de noviembre de 2008 y 18.000 euros desde el día 18 de marzo de 2011), hasta el día 11 de julio de 2013, MAS

- Los intereses legales devengados sobre 17.823,98 euros (es decir, sobre el resultado de restar de los 79.500 euros iniciales el producto de la venta de las acciones de canje obligatorio producida el día 11 de julio de 2013), desde el citado día 11 de julio de 2013 hasta sentencia.

»4º.- Subsidiariamente, se declare la resolución de los contratos unidos como documentos nº 11 y 12 (órdenes de compra de títulos de la octava emisión de deuda subordinada Catalunya Caixa) y condene a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 7.910,20 euros (79.500 euros menos liquidaciones de intereses practicadas a consecuencia de los contratos menos precio entregado al actor a consecuencia de la venta de las acciones de canje obligatorio producida el día 11 de julio de 2013) y a abonar a la parte actora los intereses legales devengados sobre 79.500 euros depositados en la entidad demandada a consecuencia de los contratos acompañados como documentos nº 11 y 12 (órdenes de compra de títulos de la octava emisión de deuda subordinada Catalunya Caixa) desde su entrega (61.500 euros desde el día 17 de noviembre de 2008 y 18.000 euros desde el día 18 de marzo de 2011), hasta el día 11 de julio de 2013, así como los intereses legales devengados sobre 17.823,98 euros (es decir, sobre el resultado de restar de los 79.500 euros iniciales el producto de la venta de las acciones de canje obligatorio producida el día 11 de julio de 2013), desde el citado día 11 de julio de 2013 hasta sentencia.

»5º.- Se condene en todo caso a la parte demandada al pago de las costas judiciales causadas en la presente Litis, con lo demás que proceda».

2.- La demanda fue presentada el 17 de julio de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos, fue registrada con el núm. 632/2014 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Elena Cano Martínez, en representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación 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 6 de Burgos dictó sentencia n.º 53/2015, de 17 de abril , con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo estimar y estimo la demanda; en ejercicio de acción personal, declarativa de nulidad y/o anulabilidad por error vicio del consentimiento y/o dolo, y subsidiaria de resolución contractual por incumplimiento;



formulada por el Procurador de los Tribunales, Sr. D. Miguel Ángel Esteban Ruiz; en nombre y representación del Sr. D. Eutimio ; contra la demandada "Catalunya Bank, S.A."; en la persona de su legal representación; representada en autos por la Procuradora Sra. D.ª Elena Cano Martínez.

»Y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento y por infracción de normas imperativas, como la anulabilidad en su caso por error vicio del consentimiento, de los contratos de documentos 11, 12 y 22 (órdenes de compra de títulos de las 8ª emisión de deuda subordinada Catalunya Caixa).

»Debiendo pues condenar y condenando a la demandada a restituir a la actora la cantidad percibida de ésta por causa de los contratos (79.500€), con deducción del precio entregado al actor a consecuencia de la venta de las acciones de canje obligatorio de 11/07/13 (61.6676,02 €) sic, y con más deducción de los intereses percibidos por la actora por causa de los contratos (10.622,86 €); es decir, se condena a pagar la parte actora 7.201,12 €.

»Con más los intereses legales devengados de 79.500€ depositados en la entidad demandada por los contratos referidos desde su entrega: de 61.500€ desde el 17/11/08, y de 18.000 € desde el 18/03/11, hasta el 11/7/13; más los intereses legales devengados sobre 17.823,98 € (resultando de restar de los 79.500 € iniciales el precio de la venta de las acciones de canje obligatorio de 11/7/13) desde esta fecha.

»No haciendo expresa imposición de las costas procesales causadas a la actora en esta instancia».

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 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos, que lo tramitó con el número de rollo 251/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Elena Cano Martínez contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número seis de Burgos en los autos de juicio ordinario 632/2014 con revocación de la misma se dicta otra por la que se desestima la demanda formulada por don Eutimio contra Catalunya Bank SA, absolviendo a esta última de todas las pretensiones de la demanda, sin imposición de costas en ambas instancias».

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

1.- El procurador D. Miguel Ángel Esteban Ruiz, en representación de D. Eutimio , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Casación amparada en el N.º 3 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por existencia de interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las AAPP».

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 31 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por don Eutimio contra la Sentencia dictada el 28 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª) en el rollo n.º 251/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 632/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos».

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 julio de 2018 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 12 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 18 de diciembre de 2008, D. Eutimio adquirió 123 títulos de obligaciones subordinadas de Catalunya Caixa, pertenecientes a la 8.ª emisión, por un importe total de 61.500 €.



El 22 de marzo de 2011 adquirió otros 36 títulos de la misma emisión, por importe de 18.000 €.

2.- Los citados títulos resultaron afectados por el proceso de resolución de Catalunya Caixa, de forma que, en primer lugar, las obligaciones subordinadas fueron reconvertidas en acciones de la nueva entidad Catalunya Bank S.A., y acto seguido vendidas al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD). Como consecuencia de estas operaciones, el Sr. Eutimio sufrió una pérdida total de 17.823,98 € por la diferencia respecto al total invertido; si bien percibió como rendimientos 9.913,78 €. Por lo que su pérdida quedó concretada en 7.910,20 €.

3.- El Sr. Eutimio interpuso una demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A. (actualmente, BBVA S.A.), en la que solicitó que se declarase la nulidad del contrato de adquisición de las obligaciones subordinadas antes indicado y se condenara a la demandada a abonarle 7.910,20 €, con sus intereses legales.

4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó 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 la venta libre y voluntaria al FGD de las acciones obtenidas en el canje obligatorio había extinguido el primitivo contrato de compra de los títulos de obligaciones subordinadas, por lo que no puede instarse la nulidad de un contrato inexistente.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento.*

1.- El recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3º LEC , en la modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y se formula en un único motivo, en el que se denuncia la infracción de los arts. 43 , 44 , 49.2 y 73 de la Ley 9/2012 , de reestructuración y resolución de entidades de crédito y los arts. 1203 , 1204 , 1208 , 1300 . 1303 , 1307 y 1309 a 1314 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 a los demandantes de su acción para instar la nulidad del contrato 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 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.

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.- 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 el recurrente, por el hecho de efectuar el canje obligatorio y vender posteriormente las acciones hubiera perdido la cosa (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.

3.- 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 nulidad por error vicio.

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

1.- Lo expuesto hasta ahora conlleva la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia, a fin desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

2.- 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, 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.

3.- En este caso, no consta que se informara al cliente 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 bis LMV y en el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor del cliente, o que se considerase si la inversión en obligaciones subordinadas era adecuada a dicho perfil.

En efecto, en la documentación obrante en las actuaciones (órdenes de compra y tríptico informativo) únicamente se contiene una advertencia sobre la posposición del crédito del adquirente en caso de insolvencia de la emisora, pero no consta que se advirtiera al Sr. Eutimio de los riesgos de falta de liquidez, ni de la posibilidad de pérdida de la inversión.

4.- Como consecuencia de lo cual, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia de primera instancia.

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. Eutimio contra la sentencia núm. 329/2015, de 28 de octubre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, en el recurso de apelación nº 251/2015, 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 53/2015, de 17 de abril, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Burgos , en el juicio ordinario n.º 632/2014, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ