



Roj: **STS 995/2021 - ECLI:ES:TS:2021:995**

Id Cendoj: **28079110012021100141**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2021**

Nº de Recurso: **3252/2018**

Nº de Resolución: **147/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1037/2018,**
STS 995/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 147/2021

Fecha de sentencia: 16/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3252/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE BIZKAIA, SECCION 5.ª

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3252/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 147/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 16 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Emilio y D.^a Elisenda, representados por la procuradora D.^a Isabel Gómez Pérez de Mendiola, bajo la dirección letrada de D.^a Gracia M.^a Herrera Delgado, contra la sentencia n.º 147/2018, dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación n.º 548/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 665/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao. Ha sido parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por la procuradora D.^a Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Martínez de Bedoya.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre y representación de D. Emilio y de D.^a Elisenda, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

1.- Declare la nulidad del contrato suscrito por las partes en el año 2008 por el que se emitía una orden de compra de las Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski por importe de 64.750 euros, retrotrayendo sus efectos al momento inmediatamente anterior a su suscripción y por consecuencia,

2.- Condene a la demandada a abonar al demandante la cantidad de 64.750 euros más intereses desde el momento de la suscripción de las Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski y comisiones percibidas por la gestión y custodia de los títulos, más los intereses moratorios procesales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- Establezca la restitución, por la parte demandante de los títulos adquiridos y de los intereses percibidos desde su adquisición.

4.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 30 de junio de 2015, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao, se registró con el n.º 665/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Xabier Núñez Irueta, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de todos sus pedimentos, todo ello con expresa imposición de las costas del procedimiento a los actores, con todo lo demás que sea en justicia [...]".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao dictó sentencia de fecha 22 de septiembre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador ISABEL GÓMEZ PÉREZ DE MENDIOLA, en nombre y representación de Emilio y Elisenda, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., con Procurador XABIER NÚÑEZ IRUETA, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a la citada demandada de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, y con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas en el presente juicio".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Emilio y de D.^a Elisenda.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el número de rollo 548/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Emilio y D.^a Elisenda contra la sentencia dictada el día 22 de septiembre de 2017 por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de los de Bilbao en el Juicio Ordinario n.º 665/2015, debemos confirmar



y confirmamos dicha resolución con expresa imposición a los apelantes de las costas devengadas en esta segunda instancia".

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

1.- La procuradora D.^a Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en representación de D. Emilio y D.^a Elisenda , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Formulación del Motivo:

Todos ellos al amparo de lo previsto en el art. 477. 1 LEC por entender que es doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala a la que tengo el honor de dirigirme que ante un Recurso de Casación, la labor del Tribunal Supremo únicamente puede alcanzar la verificación del derecho sustantivo y la jurisprudencia que lo desarrolla, comprobando la correcta aplicación de las normas de fondo a los hechos declarados probados por parte de la Sala de Apelación. Al amparo del artículo 477.2.3º y 3 de la LEC, por infracción del artículo 1.301 y 1969 del CC, sobre caducidad de la acción de anulabilidad en el supuesto de acción de nulidad por concurrencia de error en el vicio del consentimiento en las órdenes de valores, adquisición de Aportaciones Financieras Subordinadas Eroski (AFSE), y la Jurisprudencia que lo desarrolla, en el sentido de que la sentencia de segunda instancia que recurrimos declara que " *En definitiva, en el año 2009, tomando esta como hipótesis más favorable a esta parte apelante, ya fueron los demandantes conscientes o cuando menos pudieron serlo de las características del producto contratado que han manifestado en su demanda ignoraban. Siendo ello así y habiendo transcurrido más de cuatro años a la fecha de presentación de la demanda el día 29 de septiembre de 2015 la acción se encuentra caducada*".

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 7 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Emilio y D.^a Elisenda contra la sentencia dictada con fecha 9 de mayo de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Quinta, en el rollo de apelación n.º 548/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 665/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao.

2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

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 5 de febrero de 2021 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 marzo del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

1.- El objeto del proceso

D. Emilio y D.^a Elisenda formularon demanda contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., (BBVA), con la finalidad de obtener un pronunciamiento judicial que declarase la nulidad de la inversión efectuada en el producto aportaciones financieras subordinadas Eroski (AFSE), con sus consecuencias y efectos restitutorios. Relataron que a través de un anuncio en prensa tuvieron conocimiento de dichas aportaciones subordinadas, ante lo cual se interesaron por ellas en su oficina habitual de la entidad demandada, que se las vendió como un producto nuevo, muy rentable y totalmente seguro. No se les hizo entrega de ningún tríptico ni folleto informativo. Los actores adquirieron títulos en el año 2008.

En verano de 2012, cuando se plantean recuperar su inversión, mediante una orden de venta, conocen que no depende de su voluntad la realización de las subordinadas y además, en enero de 2013, se enteran que el valor actual de sus títulos era inferior al 50% de su precio inicial. Antes de esta última fecha, en los justificantes correspondientes a la inversión remitidos periódicamente por BBVA, no figuraba que su valor fuera inferior al



inicialmente contratado. El actor es de profesión fontanero y cuenta con estudios básicos, mientras que la demandante es ama de casa y, en algunas temporadas, trabajó como dependienta.

La entidad demandada se opuso a la demanda, alegando distintos motivos tales como su falta de legitimación pasiva, la caducidad de la acción de anulabilidad, así como la inexistencia de error. En conclusión, se sostuvo que el propósito que persiguen los demandantes es trasladar a la demandada el riesgo inversor que voluntariamente asumieron, pretendiendo que BBVA peche con las consecuencias de su decisión de contratar un producto de carácter perpetuo que, como bien sabían, para recuperar su inversión debían venderlo en las condiciones vigentes en el mercado en que cotizaban; es decir, en las mismas circunstancias en que compraron las AFSE litigiosas.

2.- La sentencia de primera instancia

El conocimiento del litigio correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao, que dictó sentencia en la que desestimó la demanda, al considerar que la acción deducida se encontraba caducada, con el razonamiento siguiente:

"[...] la acción de nulación ha de considerarse ejercitada fuera plazo si se tiene en cuenta que, tal y como se desprende de la documental aportada por la parte demandada y se reconoce por el actor en prueba de interrogatorio, cuando los actores, en el año 2009, intentaron desprenderse de parte de las aportaciones financieras subordinadas de las que eran titulares, no pudieron hacerlo de golpe, sino que debieron esperar casi un mes entre cada una de las ventas para poder desprenderse de títulos por un importe total de 90.000 euros. Los actores manifiestan en su demanda -y lo reitera el actor en el acto del juicio- que se les dijo que podrían recuperar su inversión cuando quisieran, sin ningún problema, por lo que los hechos antes relatados y lo que se evidenciaba de los mismos (la falta de liquidez inmediata del producto) no pudieron pasar inadvertidos a los actores. Entiende este Juzgador que en ese momento los actores pudieron tener conocimiento de la existencia del error que dicen que padecieron (pues, cuando menos, adquieren conocimiento de que no se puede recuperar de forma automática el dinero), por lo que cuando se interpone la demanda (30 de junio de 2015) ha transcurrido el plazo de cuatro años previsto legalmente para el ejercicio de la acción de nulidad por vicio en el consentimiento, debiendo ser acogida la excepción de caducidad opuesta por la parte demandada".

3.- La sentencia de segunda instancia

Contra dicha sentencia se interpuso por los demandantes recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que confirmó la del juzgado, al compartir que la acción se había entablado fuera del plazo legalmente establecido (art. 1301 del CC). El tribunal provincial razonó al respecto que el demandante reconoció, en el acto del juicio, que adquirió los títulos por compra en el mercado; que lo hizo en distintas "remesas" ya que pidió una cantidad y no había en ese momento por ser muy alta la demanda. También sabía que los títulos tenían un vencimiento "indefinido". Y que, para recuperar la inversión, tenía que vender en un mercado secundario, aunque le dijeron que no había ningún problema para ello. Literalmente la precitada sentencia razona:

"[...] Y así en el año 2009 emitió tres órdenes de venta para recuperar parte de lo invertido, concretamente en los meses de marzo, abril y mayo, habiendo sido él mismo quien en el acto del juicio ha ofrecido la explicación a estas tres órdenes consecutivas (que por demás constan documentadas al folio 96 de las actuaciones) en la dificultad de venta para alcanzar el total pretendido. Qué duda cabe que en este momento al menos hubo de tomar conocimiento de que la inmediata disponibilidad no era tal. Se afirma en el escrito de recurso que lo cierto es que el Sr. Emilio quedó satisfecho con las ventas, que se realizaron por encima del valor nominal de adquisición, (lo que puede igualmente constatarse al citado folio 96) y que no se preocupó en aquel momento de su inversión ni se le pasó por la cabeza que ésta corriera ningún riesgo, no siendo hasta el año 2012 o 2013 cuando conoció el cariz de su inversión y los riesgos que realmente había asumido sin saberlo. No obstante lo cual hemos de puntualizar que la oscilación, en este caso ligeramente al alza del valor nominal, que no pasó desapercibida al apelante, hubo de denotar también a quien aquí demanda que se trataba de títulos sometidos a cotización y por ello del riesgo de su baja.

En definitiva, en el año 2009, tomando ésta como hipótesis más favorable a esta parte apelante, ya fueron los demandantes conscientes o cuando menos pudieron serlo de las características del producto contratado que han manifestado en su demanda ignoraban".

Contra dicha sentencia se interpuso por los demandantes recursos de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación

1.- Motivo y desarrollo



El recurso de casación se formuló, al amparo del artículo 477.2. 3º y 3 de la LEC, por infracción de los artículos 1301 y 1969 del CC, sobre caducidad de la acción de anulabilidad por concurrencia de error como vicio del consentimiento. Se citó como infringida la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de Pleno, de fecha 12 de enero de 2015, n.º 769/2014, rec. 2290/2012; así como en las sentencias de 7 de julio de 2015, n.º 376/2015, rec. 1603/2013 y 1 de diciembre de 2016, n.º 718/2016, rec. 1400/2014.

En su desarrollo se señala que, conforme a reiterada jurisprudencia,

"[...] en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de lo existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos o acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Se razona que, en el año 2009, procedieron a tres ventas, el 20 de marzo, por importe de 20.000 euros; el 28 de abril, por importe de 50.000 euros; y el 27 de mayo, por importe de 10.000 euros. Estas ventas se producen con normalidad y por encima del valor de adquisición, sin que se les pasara por la cabeza que la inversión corriera peligro. Fue en el año 2012-2013, cuando a través de los medios de comunicación (como el resto de los ciudadanos) se enteraron del cariz de su inversión y los riesgos que realmente habían asumido sin saberlo. El asesor no actuó con diligencia ni transparencia, siendo que el producto no se ajustaba a su perfil inversor.

2.- Estimación del recurso

El recurso debe ser estimado. En efecto, es jurisprudencia consolidada de esta Sala, evidenciada en las sentencias de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 89/2018, de 19 de febrero, reiteradas por otras muchas posteriores, que una interpretación del art. 1301.IV CC, ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, debe impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error.

En las sentencias 718/2016, de 1 de diciembre y 198/2020, de 26 de mayo, dictadas en casos de comercialización de aportaciones subordinadas Eroski, consideramos correcto como *dies a quo*, en la casuística de los procesos objeto de casación, el de suspensión de pago de los cupones.

En este caso, la Audiencia Provincial entiende que el conocimiento preciso para iniciar el cómputo del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad del art. 1301 del CC deriva de la circunstancia de que las ventas efectuadas en 2009, en un mercado financiero secundario, denota el conocimiento, por parte de los demandantes, de las características del producto de inversión adquirido y comoquiera que la demanda se presentó en el año 2015, la acción estaba caducada.

La determinación del *dies a quo* (día inicial) del ejercicio de una acción no es una cuestión puramente fáctica sino que encierra una valoración de naturaleza jurídica, susceptible como tal de ser tratada como legítimo motivo de un recurso de casación (sentencias esta Sala 134/2012, de 29 de febrero; 74/2019, de 5 de febrero; 326/2019, de 6 de junio y 279/2020, de 10 de junio, entre otras), y, en este caso, no podemos reputar que la circunstancia de haber procedido los demandantes a ordenar unas ventas de las aportaciones subordinadas, que además se pudieron ejecutar con liquidaciones positivas, implique conocimiento plausible de las características del producto litigioso a los efectos del art. 1301 del CC, por lo que entendemos que el recurso debe ser estimado.

En la sentencia 49/2020, de 22 de enero, hemos señalado que:

"Esta sala debe declarar que en la sentencia recurrida no se efectúa un correcto análisis de los arts. 1969 y 1301 del C. Civil, pues la acción no pudieron ejercitarla desde el 15 de septiembre de 2011, pues esa es la fecha de las órdenes de venta en las cuales consta un amplio plazo de validez (2050), que sin lugar a dudas excedía de la previsible vida de los contratantes, por lo que se les hizo creer que existía posibilidad de venta de las obligaciones subordinadas, aunque fuese en el mercado secundario, no siendo conscientes de su error hasta que comprueban que no se había materializado la venta, lo que ocurre el 18 de julio de 2012".

Pero, en este caso, las ventas de las subordinadas de Eroski no sólo se materializaron sino que además se obtuvieron ganancias con respecto al valor inicial de su adquisición, lo que no permite considerar dichos actos jurídicos como dato decisivo del conocimiento del error padecido para reputarlo como día inicial del ejercicio de la acción de anulabilidad, pues carece de la correspondiente fuerza significativa a los pretendidos efectos de



tomar constancia efectiva de los riesgos inherentes a los productos litigiosos y, por consiguiente, adoptar libre y conscientemente la decisión de entablar la acción anulatoria del contrato o dejar que el tiempo transcurra con todas sus consecuencias y, entre ellas, la pérdida del derecho a obtener la nulidad contractual.

No olvidemos que la jurisprudencia viene exigiendo que el plazo previsto en el art. 1301 CC, debe comenzar a computarse desde que se tiene o se puede tener cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015; 728/2016, de 19 de diciembre; 472/2017, de 20 de julio; 312/2018, de 28 de mayo; 656/2018, de 21 de noviembre entre otras) y que la venta se demorase un mes, desde la orden cursada a tal efecto, se trata de un hecho que no lo consideramos como elemento de juicio suficientemente persuasivo sobre el conocimiento de las características del producto litigioso y efectiva constancia de sus riesgos, y, por lo tanto del error alegado, aunque su realización se llevara a efecto en un mercado secundario.

Es por ello que, sin examinar otros elementos de prueba sobre el conocimiento equivocado que se alega sufrido a los efectos de los arts. 1265 y 1266 del CC, el presente recurso, en cuanto a la infracción del art. 1301 del CC, tal y como ha sido planteado debe ser acogido.

3.- Consecuencias de la estimación del recurso y devolución de las actuaciones

Una vez estimado el recurso, surge la interrogante de si procede la devolución de los autos al Tribunal para que dicte sentencia sobre la cuestión de fondo no resuelta por la recurrida o, por el contrario, que sea la sala quien lo haga.

En la sentencia 496/2020, de 29 de septiembre, cuya doctrina reproduce la 669/2020, de 11 de diciembre, abordamos tal cuestión en los términos siguientes:

"Según recoge la sala, entre otras, en las sentencias 3/2019, de 8 de enero, y la 369/2019, de 27 de junio, excepcionalmente se ha declarado que no procede asumir la instancia, y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en relación con las pretensiones objeto del debate, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, "pues esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos de casación fundados en el artículo 477.2.2 LEC, y, se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia.

Normalmente se ha pronunciado la sala en ese sentido cuando en ninguna de las instancias se había llevado a cabo el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso (sentencia 899/2011 de 30 de noviembre) [...]".

Pues bien, en el caso presente, las dos sentencias, tanto de primera como segunda instancia, no procedieron a la valoración conjunta de la prueba practicada ni, por lo tanto, abordaron el fondo de la cuestión litigiosa, al estimarse la excepción de ejercicio extemporáneo de la acción judicial al amparo del art. 1301 del CC, por lo que, en aplicación de la mentada doctrina, considera el tribunal como procedente la devolución de las actuaciones a la Audiencia para que se pronuncie sobre la acción de anulabilidad por error ejercitada.

TERCERO.- Costas y depósito

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 de la LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso y procede la devolución del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8, de la 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 los demandantes, contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 9 de mayo de 2018, por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 5.ª, en el recurso de apelación n.º 548/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 665/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao.

2.- Casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con libertad de criterio y sin que pueda ya apreciar la caducidad de la acción en su día acogida, resuelva el recurso de apelación en los términos que aparece formulado, y con carácter preferente.

3.- No se imponen a la recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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