

Roj: **STS 2846/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2846**Id Cendoj: **28079110012017100429**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/07/2017**Nº de Recurso: **999/2015**Nº de Resolución: **448/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por interés casacional interpuesto por don Modesto y doña Agueda , representados por la procuradora D^a María Ángeles Vázquez Lucena, bajo la dirección letrada de D. Florencio Bermúdez Benito, contra la sentencia dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Salamanca, en el recurso de apelación núm. 3/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 155/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Salamanca. Sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida **Catalunya Banc S.A.** (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.), representado 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.- La procuradora D.^a María Ángeles Vázquez Lucena, en nombre y representación de don Modesto y doña Agueda , interpuso demanda de juicio ordinario sobre nulidad contractual contra **Catalunya Banc S.A.**, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimando la demanda:

«1) Se declare la nulidad absoluta del contrato de obligaciones subordinadas suscrito entre nuestros representados, y la demandada, LA ENTIDAD BANCARIA **CATALUNYA BANC S.A.** (ANTIGUA **CATALUNYA CAIXA**) por ausencia de consentimiento (Artículos 1261 y concordantes del Código Civil), y se condene a la entidad financiera demandada a reintegrar a mis mandantes la cantidad de VEINTITRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA EUROS CON SETENTA Y CUATRO CENTIMOS DE EURO (23.990,74 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 (107.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva, todo ello descontando los intereses que se hayan recibido por los actores.

»2) 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 S.A.** (ANTIGUA **CATALUNYA CAIXA**) por error en el consentimiento (Artículos 1265 y concordantes del Código Civil), y se condene a la entidad financiera demandada a reintegrar a mis mandantes la cantidad de VEINTITRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA EUROS Y SETENTA Y CUATRO CENTIMOS DE EURO (23.990,74 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 (107.000 euros). Hasta que se dicte sentencia definitiva, todo ello descontando los intereses que se hayan recibido por los actores.

»3) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que por SS^a no se acojan las peticiones anteriores, se declare la nulidad de los contratos citados en el antecedente de hecho primero por incumplimiento del artículo



6.3 de CC , en concreto, por la vulneración de los arts. 3 , 4 y 60 del RD Legislativo 1/07 de 16 de noviembre que 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 7/88 de Condiciones Generales de Contratación; arts. 70 quáter , 72 , 78.4 , 78 bis , 78 ter , 79 , 79 bis , 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 217/98 de 15 de febrero de Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión (que deroga el anterior RD 629/83 de 3 de mayo de establecimiento de normas de actuación en los Mercados de Valores), y demás preceptos concordantes y de aplicación, con devolución recíproca de las cosas que fueron objeto del contrato (que para la entidad demandada se concreta en la cantidad de 23.990,74 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (107.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

» 4) Subsidiariamente y para el improbable supuesto de que por SS^a 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 obligaciones subordinadas por la parte demandada en virtud de los artículos 1101 , 1106 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 23.990,74 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (107.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

»5) Subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que por SS^a 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 1124 , 1295 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 23.990,74 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de la firma de cada uno de los contratos en relación a su principal (107.000 euros) hasta que se dicte sentencia definitiva.

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

2.- La demanda fue presentada el 18 de febrero de 2014 y fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Salamanca. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Ana Garrido Martín, en representación de **Catalunya** Banc S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«Dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda deducida de adverso con expresa 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 Salamanca dictó sentencia de fecha 26 de septiembre de 2014 , con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda presentada por D. Modesto y Dña. Agueda , representado por la Procuradora Sra. Vázquez Lucena contra **CATALUNYA** BANC S.A., representada por la Procuradora Sra. Garrido Martín, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de Obligaciones Subordinadas, por importe de 107.000 euros, concertado entre las partes litigantes, por error en el consentimiento; y en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración, a restituir y abonar la parte actora la cantidad de 23.990,74 euros, importe restante del capital originariamente depositado, junto con los intereses legales devengados desde la fecha de cada uno de los contratos en relación a su principal (107.000 euros) hasta la fecha de la presente resolución, deduciéndose de la misma los intereses percibidos por los actores. Cada parte deberá abonar las costas devengadas a su instancia y las comunes por mitad».

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 1.^a de la Audiencia Provincial de Salamanca, que lo tramitó con el número de rollo 3/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 12 de febrero de 2015 , cuyo fallo dispone:

«Estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad codemandada **CATALUNYA** BANC S.A., representada por la Procuradora Doña Ana María Garrido Martín, revocamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de esta ciudad con fecha 26 de septiembre de



2014 en el Juicio Ordinario del que dimana el presente rollo, y en su consecuencia, desestimando la demanda inicialmente promovida por los demandantes, D. Modesto y D.^a Agueda, representados por la Procurador Doña María Ángeles Vázquez Lucena, contra la referida entidad, absolvemos a la referida entidad de las pretensiones ejercitadas en la indicada demanda, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en ambas instancias y con devolución a la entidad recurrente del depósito constituido».

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

1.- La procuradora D.^a María Ángeles Vázquez Lucena, en nombre y representación de don Modesto y D.^a Agueda, interpuso recurso de casación por interés casacional.

Motivo único del recurso de casación por interés casacional:

«Motivo Único: al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero, de la LEC, por cuanto que la sentencia recurrida incurre en infracción, entre otros, de los artículos 1307, 1309, 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 la sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 1 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Modesto y D.^a Agueda contra la sentencia dictada, el día 12 de febrero de 2015, por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) en el rollo nº 3/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 155/2014, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Salamanca.

»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».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 12 de junio de 2017 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 5 de julio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1.- El 25 de noviembre de 2008, D. Modesto y Dña. Agueda contrataron con la entidad Caixa **Catalunya** (actualmente, BBVA S.A.), la adquisición de 120 títulos de obligaciones de deuda subordinada **Catalunya** Caixa, por importe de 60.000 €.

El 8 de febrero de 2011, los mismos adquirentes compraron otros 30 títulos de la misma emisión, por un importe total de 15.000 €. Y el 31 de mayo de 2011, hicieron lo propio respecto de otros 36 títulos, por 18.000 €.

2.- Tales obligaciones subordinadas fueron canjeadas obligatoriamente por acciones de **Catalunya** Banc S.A., en cumplimiento de la Resolución de 7 de junio de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de **Catalunya** Banc, SA, aprobado el 27 de noviembre de 2012 por el FROB y el Banco de España y el 28 de noviembre de 2012 por la Comisión Europea.

Tras el canje obligatorio, las acciones adquiridas podían ser vendidas voluntariamente al Fondo de Garantía de Depósitos entre el 17 de junio y el 12 de julio de 2013. Tras dicha venta, los Sres. Modesto y Agueda obtuvieron 83.009,26 €, por lo que su pérdida se concretó en 23.990,74 €.

Al tiempo del canje, los Sres. Modesto y Agueda presentaron un escrito en el que manifestaban aceptar la oferta de canje por ser obligatoria y como medio de intentar recuperar el máximo del capital invertido, pero sin aceptar quita alguna ni renunciar a las acciones legales que pudieran corresponderles.

3.- Los Sres. Modesto y Agueda interpusieron demanda de juicio ordinario contra **Catalunya** Banc S.A., en la que solicitaron que se declarase la nulidad de los contratos antes indicados por falta de consentimiento, por infracción de norma imperativa o por error vicio del consentimiento, con la consiguiente restitución de las prestaciones; o subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento; y subsidiariamente, que se declarase que la demandada había incumplido sus obligaciones de asesoramiento, condenándola a indemnizar los daños y perjuicios causados.



4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda y declaró nulos por error vicio del consentimiento los contratos de adquisición de las obligaciones subordinadas, al considerar resumidamente: (i) La acción de anulabilidad no está caducada; (ii) El canje de las acciones no supuso confirmación del contrato ni impide la eficacia de la declaración de nulidad; (iii) No se dio una información adecuada a los clientes sobre las características y riesgos del producto; (iv) Este déficit informativo provocó que el consentimiento de los clientes estuviera viciado por error.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso, al considerar, resumidamente, que el canje de las obligaciones subordinadas por acciones y la posterior venta de las acciones obtenidas supuso confirmación tácita del contrato. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento.*

1.- El único motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción de los arts. 1307 , 1309 , 1310 y 1311 CC .

2.- En el desarrollo del motivo se alega resumidamente 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 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.

TERCERO.- *El canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas en el canje no suponen confirmación o convalidación del contrato viciado por error en el consentimiento.*

1.- La cuestión de la posible confirmación o convalidación de la nulidad por el posterior canje de las obligaciones subordinadas inicialmente adquiridas por acciones de la misma entidad emisora y la ulterior venta de tales acciones ha sido tratada por las sentencias de esta sala 57/2016, de 12 de febrero , 589/2016, de 30 de septiembre , 605/2016, de 6 de octubre , y 614/2016, de 7 de octubre . En ellas dijimos que no cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de las obligaciones subordinadas 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, aceptaron dicho canje y posterior venta de las acciones obtenidas a fin de intentar incurrir en las menores pérdidas posibles.

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.

5.- Todo lo cual conlleva que deba estimarse el recurso de casación, para anular la sentencia recurrida y asumir la instancia, a fin de desestimar el recurso de apelación y confirmar en todos sus pronunciamientos la sentencia de primer grado.

CUARTO.- *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 se impongan a la parte apelante las costas que causó, según previene el art. 398.1 LEC .

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

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Modesto y Dña. Agueda contra la sentencia núm. 47/2015, de 12 de febrero, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, en el recurso de apelación nº 3/2015, 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 nº 119/2014, de 26 de septiembre, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Salamanca, en el juicio ordinario nº 155/2014, que confirmamos en todos sus pronunciamientos. **3.º-** Imponer a BBVA S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. 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.