



Roj: **STS 4524/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4524**

Id Cendoj: **28079110012017100641**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **1951/2015**

Nº de Resolución: **670/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 1951/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 670/2017**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. **Pedro Jose Vela Torres**

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Lorenza y D. Juan Francisco , representados por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. Carlos Bruixola Lliso, contra la sentencia núm. 114/2015, de 20 de mayo, dictada por la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 622/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1360/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Valencia. Sobre adquisición de participaciones preferentes. Ha sido parte recurrida Catalunya Banc S.A., 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.- La procuradora D.<sup>a</sup> María José Mazón Esteve, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Lorenza y de D. Juan Francisco , interpuso demanda de juicio ordinario contra Catalunya Caixa, en la que solicitaba se dictara sentencia donde:

«1º) Se ANULE el contrato de adquisición de participaciones preferentes de fecha contrato de fecha 26 de junio de 2011, documento nº 1 de la Demanda.

»2º) Se ANULE el contrato de adquisición de participaciones preferentes de fecha contrato de fecha 2 de septiembre de 1999, documento nº 3 de la Demanda.



»3º) Se ANULE el contrato de adquisición de participaciones preferentes de fecha contrato de fecha 1 de junio de 2011, documento nº 4 de la Demanda.

»4º) Siendo ya titular de las participaciones preferentes la entidad CATALUNYA CAIXA se le condene abonar a mis mandantes la cantidad de DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA EUROS CON VEINTIOCHO CÉNTIMOS 18.680,28 €, menos rendimientos que hayan producido las participaciones preferentes a mis representados.

»5º) La condena en Costas de la Demandada».

2.- La demanda fue presentada el 14 de octubre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia, fue registrada con el núm. 1360/2013 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Eva Badías Bastida, en representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dictar Sentencia por la desestime íntegramente la misma absolviendo a mi mandante de los pedimentos formulados, con expresa imposición de costas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia dictó sentencia de fecha 31 de julio de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que ESTIMANDO como estimo la demanda interpuesta por Dª Lorenza y D. Juan Francisco contra CATALUNYA CAIXA debo condenar y condeno a la demandada a que abone a los actores la cantidad a determinar en ejecución de sentencia según lo indicado en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, 18.680,28€, menos los rendimientos cobrados por ellos, con imposición a la demandada de las costas procesales causadas a los actores».

#### **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 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 622/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 20 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«PRIMERO.- SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por "Catalunya Caixa" contra la sentencia dictada el 31 de julio de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Valencia en juicio ordinario 1360/13.

»SEGUNDO.- SE REVOCA la citada resolución y en su lugar

A) SE DESESTIMA la demanda planteada por Dª Lorenza y D. Juan Francisco contra "Catalunya Caixa".

B) SE ABSUELVE a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas.

C) Y SE IMPONEN a los demandantes las costas causadas en la instancia.

»TERCERO.- NO SE HACE expresa condena sobre las costas devengadas en esta alzada».

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

1.- La procuradora D.ª María José Mazón Esteve, en representación de D.ª Lorenza y de D. Juan Francisco , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de La Ley de Enjuiciamiento Civil por la infracción del artículo 1303 del Código Civil y la Jurisprudencia Audiencias Provinciales.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la infracción del artículo 1307 del Código Civil y la Jurisprudencia Audiencias Provinciales».

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 13 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Lorenza y D. Juan Francisco contra la sentencia dictada con fecha 20 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, en el rollo de apelación nº 622/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 1360/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia».



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 26 de octubre 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 30 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Dña. Lorenza y D. Juan Francisco realizaron tres adquisiciones de participaciones preferentes de Catalunya Caixa:

- a) El 2 de septiembre de 1999, por importe de 48.000 €.
- b) El 26 de junio de 2009, por importe de 2.000 €.
- c) El 1 de junio de 2011, por importe de 3.000 €.

2.- Tales participaciones preferentes 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. Los Sres. Lorenza y Juan Francisco optaron por la venta, tras la cual la pérdida de su inversión quedó en 18.680,28 €.

3.- Los Sres. Lorenza y Juan Francisco interpusieron una demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A., en la que solicitaron que se declarase la nulidad de los contratos de adquisición antes indicados y se condenara a la demandada a abonarles 18.680,28 €, menos el importe de los rendimientos producidos por las participaciones preferentes.

4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda y condenó a la entidad financiera a indemnizar los daños y perjuicios causados por defecto de asesoramiento en la inversión, que cifró en 18.680,28 €.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso, al considerar, resumidamente, que: (i) la sentencia de primera instancia había incurrido en incongruencia, al conceder una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual que no había sido solicitada en la demanda; (ii) tras el canje de las participaciones preferentes por acciones y la posterior venta de las acciones obtenidas, la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento quedó extinguida, y los demandantes carecen de legitimación activa para ejercitarla. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, desestimó la demanda.

### SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento. Admisibilidad. Resolución conjunta de los dos motivos*

1.- El recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3º LEC y se formula en dos motivos.

En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 1303 CC y la jurisprudencia que lo interpreta. En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe el precepto citado porque la venta de las acciones obtenidas tras el canje de las participaciones preferentes no impide la acción de nulidad, y es posible la recíproca restitución de las prestaciones.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 1307 CC, por considerar que la falta de tenencia material de los títulos no impide ni imposibilita la declaración de nulidad contractual.

2.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alega la inadmisibilidad de los dos motivos en que se basa, ya que no se argumenta realmente en qué han consistido las infracciones legales denunciadas.

Dicha oposición a la admisibilidad de los motivos no puede prosperar. Con independencia de que la técnica procesal sea más o menos depurada, lo cierto es que en el recurso de casación se identifican, tanto en el encabezamiento como en el desarrollo ulterior, las normas jurídicas sustantivas que se consideran infringidas y se explica razonadamente en qué consiste dicha vulneración. En resumen, se mantiene que la venta de las acciones obtenidas tras el canje obligatorio no priva de legitimación a los inversores para ejercitar la acción de anulabilidad y que es posible la restitución de las prestaciones.



**3.-** Para un mejor análisis y resolución del recurso de casación, se considera conveniente la resolución conjunta de los dos motivos de casación, al referirse ambos a cuestiones jurídicas interconectadas que deben resolverse de consuno.

**TERCERO.-** *Legitimación activa tras el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas en el canje*

**1.-** El problema de la legitimación activa tras el canje obligatorio de las participaciones preferentes y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos ha sido tratado por esta sala en las sentencias 448/2017, de 13 de julio, y 580/2017, de 25 de octubre. Dijimos en dichas resoluciones que no puede considerarse, con fundamento en el art. 1307 CC, que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio prive a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad.

Las participaciones preferentes 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.

**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 los recurrentes, por el hecho de efectuar el canje obligatorio y vender posteriormente las acciones hubieran perdido la cosa (las participaciones preferentes) 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 vendían con pérdida o no recuperaban nada de lo invertido.

**CUARTO.-** *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 participaciones preferentes y 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; 614/2016, de 7 de octubre; 448/2017, de 13 de julio; y 580/2017, de 25 de octubre. En las que dijimos que 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.

**2.-** El canje obligatorio impuesto por el FROB no es, desde luego, un acto facultativo que quepa atribuir a la mera voluntad de la recurrente.

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 la adquirente por 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.

**QUINTO.-** *Asunción de la instancia. Inexistencia de caducidad de la acción. Error vicio del consentimiento*

1.- Lo hasta ahora expuesto conlleva la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia, a fin de resolver los motivos de apelación que no fueron resueltos por la Audiencia Provincial al apreciar la falta de acción: caducidad de la acción y error vicio en el consentimiento.

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, como correctamente afirma la sentencia de primera instancia, no consta que se informara a los clientes 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 los arts. 79 y 79 bis LMV y en el RD 629/1993. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor de los clientes, o que se considerase si la inversión en participaciones preferentes era adecuada a dicho perfil.

4.- Como consecuencia de lo cual, debe estimarse en parte el recurso de apelación, en cuanto que la sentencia de primera instancia incurrió en incongruencia, al condenar por daños y perjuicios y no por nulidad. Pero ello no impide su confirmación, en cuanto que lo que hizo fue desestimar la causa de pedir, pero estimar la pretensión, al conceder la cantidad en que se había concretado la pérdida de los demandantes menos los rendimientos percibidos.

Como dijimos en la sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, no cabe duda de que un vicio del consentimiento, como es el error, debe dar lugar a una declaración de nulidad y no de resolución contractual. Al no hacerlo así, pese a lo solicitado en la demanda, la sentencia incurrió en incongruencia, pero no causó indefensión a la parte demandada, que se pudo defender de la alegación del vicio en el consentimiento. Y lo que es más relevante, la sentencia acabó dando lugar a la misma pretensión solicitada.

**SEXTO.-** *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 estimación en parte del recurso de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, conlleva que tampoco se impongan las causadas por su formulación, según previene el mismo art. 398.2 LEC.

3.- Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª 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.ª Lorenza y D. Juan Francisco contra la sentencia núm. 114/2015, de 20 de mayo, dictada por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación n.º 622/2014.



2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A. (actualmente BBVA S.A.) contra la sentencia n.º 192/2014, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Valencia , en el juicio ordinario n.º 1360/2013.

3.º- Confirmar el fallo de la sentencia de primera instancia.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ