



Roj: **STS 677/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:677**

Id Cendoj: **28079119912019100009**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **06/03/2019**

Nº de Recurso: **1849/2016**

Nº de Resolución: **137/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 365/2016,**
STS 677/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 137/2019

Fecha de sentencia: 06/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1849/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Primera

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1849/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 137/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller



D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres
D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 91/2016, de 13 de abril dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 834/2015 del Juzgado de Primera Instancia 2 de Valladolid, sobre nulidad de adquisición de obligaciones subordinadas y nulidad de la renuncia de acciones.

El recurso fue interpuesto por D.ª Herminia y D.ª Inocencia, representadas por el procurador D. José Ramón Pérez García y bajo la dirección letrada de D. David González Esguevillas.

Es parte recurrida Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria SAU, representada por el procurador D. Javier Álvarez Díez y bajo la dirección letrada de D. Jorge Capell Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Patricia Gómez Urban, en nombre y representación de D.ª Herminia y D.ª Inocencia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U. y Unicaja Banco S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

" a) Se declare:

" i) La Nulidad de la renuncia al ejercicio de las acciones civiles y penales efectuada por mis mandantes frente a las entidades demandadas, contenida en el acta otorgada ante la Notario de Castilla y León, Dña. Teresa Hervella Durántez, el 17 de diciembre de 2013, bajo el núm. 1.957 de orden de su protocolo, así como cualquier renuncia de acciones que obre en cuanta documentación se encuentre en poder o posesión de las demandadas por cualquiera de los argumentos esgrimidos en el cuerpo del presente escrito, Hecho Primero, y ello por ser una cláusula abusiva, por ser contraria a nuestro ordenamiento, por ser contraria a la buena fe y/o por estar viciado el consentimiento prestado por mis principales, entendiéndose con carácter subsidiario que no ha existido tal renuncia al no haberse completado el acta notarial anteriormente descrito al estar la misma condicionada a la presentación de prueba documental sobre la condición de heredera de la Sra. Inocencia, así como de la presentación de la escritura de aceptación de la herencia.

" ii) La Nulidad de Pleno Derecho de la Adjudicación de Obligaciones Subordinadas Ene-06 de la entidad Caja España a mis mandantes el 31 de enero de 2.006 por la que se les adjudica 12 títulos por importe total de 12.000€; Así como la Orden de 21 de enero de 2.010 por el que se canjean los 12 títulos de Obligaciones Subordinadas Ene-06 por las Obligaciones Subordinadas Feb-10; así como la consiguiente Nulidad de la Recompra de la deuda subordinada y la obligatoria reinversión en **Bonos** Necesarios y Contingentemente Convertibles en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Ceiss y el posterior **Canje** en **Bonos** necesaria y contingentemente convertibles en acciones ordinarias de Unicaja Banco, S.A. y **Bonos** Perpetuos contingentemente Convertibles en acciones de Unicaja Banco, S.A. y ello por cualquiera de los argumentos esgrimidos por esta parte en el escrito de demanda, o por los que SSª entienda de aplicación. Nulidad que conllevará la retroacción de todos los efectos al momento inmediatamente a la fecha de cada una de las adquisiciones, procediendo como consecuencia de la declaración de esta Nulidad el reintegro a mis mandantes de la cantidad de 12.000€, más el interés legal devengado desde la fecha de cada contratación y el abono de las comisiones practicadas y la restitución a la entidad demandada de los intereses abonados, cantidades que devengarán, asimismo, el interés legal del dinero, hasta su efectiva devolución.

" iii) Subsidiariamente, la Anulabilidad de la Adjudicación de Obligaciones Subordinadas Ene-06 de la entidad Caja España a mis mandantes el 31 de enero de 2.006 por la que se les adjudica 12 títulos por importe total



de 12.000€; Así como la Orden de 21 de enero de 2.010 por el que se canjean los 12 títulos de Obligaciones Subordinadas Ene-06 por las Obligaciones Subordinadas Feb-10; así como la consiguiente Nulidad de la Recompra de la deuda subordinada y la obligatoria reinversión en **Bonos** Necesarios y Contingentemente Convertibles en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Ceiss y el posterior **Canje en Bonos** necesaria y contingentemente convertibles en acciones ordinarias de Unicaja Banco, S.A. y **Bonos** Perpetuos contingentemente Convertibles en acciones de Unicaja Banco, S.A. y ello por cualquiera de los argumentos esgrimidos por esta parte en el escrito de demanda, o por los que SS^a entienda de aplicación. Anulabilidad que conllevará la retroacción de todos los efectos al momento inmediatamente a la fecha de cada una de las adquisiciones, procediendo como consecuencia de la declaración de esta Nulidad Relativa el reintegro a mis mandantes de la cantidad de 12.000€, más el interés legal devengado desde la fecha de cada contratación y el abono de las comisiones practicadas y la restitución a la entidad demandada de los intereses abonados, cantidades que devengarán, asimismo, el interés legal del dinero, hasta su efectiva devolución.

" iv) Subsidiariamente, apreciándose que la entidad demandada ha incumplido sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, infracción de normativa imperativa, así la LMV, Real Decreto 217/2008 y la normativa MIFID, e incumplimiento de su obligación de asesorar e informar a mi principal en la compra de los productos objeto de la presente litis se declare la Resolución de los contratos por el que mis mandantes son titulares de Obligaciones Subordinadas de la entidad Caja España, así como de la Recompra de la deuda subordinada y la obligatoria reinversión en **Bonos** Necesarios y Contingentemente Convertibles en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Ceiss y el posterior **Canje en Bonos** necesaria y contingentemente convertibles en acciones ordinarias de Unicaja Banco, S.A. y **Bonos** Perpetuos contingentemente Convertibles en acciones de Unicaja Banco, S.A. inclusive, aún en el supuesto de que no proceda acordar la resolución de los contratos, se declare la existencia de una Mala Praxis bancaria y la causación de un daño y perjuicio para mi mandante, por lo que la demandada viene obligada a resarcir a mis mandantes por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de su incumplimiento en la cantidad inicialmente invertida, esto es 12.000€, más, en ambos casos, el interés legal devengado desde la fecha de cada contratación y el abono de las comisiones practicadas y la restitución a la entidad demandada de los intereses abonados, cantidades que devengarán, asimismo, el interés legal del dinero, hasta su efectiva devolución.

" v) Subsidiariamente, apreciándose de aplicación la cláusula rebus sic stantibus, por la modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la contratación, se declare la resolución de los contratos por el que mi mandante es titular de Obligaciones Subordinadas de la entidad Caja España, así como de la Recompra de la deuda subordinada y la obligatoria reinversión en **Bonos** Necesarios y Contingentemente Convertibles en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Ceiss y el posterior **Canje en Bonos** necesaria y contingentemente convertibles en acciones ordinarias de Unicaja Banco, S.A. y **Bonos** Perpetuos contingentemente Convertibles en acciones de Unicaja Banco, S.A. y a indemnizar a mi Principal por los Daños irrogados con el reintegro a mi mandante de la cantidad inicialmente invertida, esto es la cantidad de 12.000€, más, en ambos casos, el interés legal devengado desde la fecha de cada contratación y el abono de las comisiones practicadas y la restitución a la entidad demandada de los intereses abonados, cantidades que devengarán, asimismo, el interés legal del dinero, hasta su efectiva devolución. Indemnización que procederá, inclusive, aún en el supuesto de que no proceda acordar la resolución de los contratos, al existir una Mala Praxis bancaria y la causación de un daño y perjuicio a mi mandante.

" b) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración, retrotrayendo los efectos al momento anterior a la adquisición de cada una de las Obligaciones Subordinadas declarada Nula o subsidiariamente Anulable, de la entidad Caja España firmada por mis principales. En todo caso, habrá de condenarse a la entidad demandada a reintegrar a mi principal la cantidad inicialmente invertida, tanto por la declaración de nulidad o anulabilidad, como por la resolución de los contratos objeto de la presente litis, e, inclusive, aún en el supuesto de que no proceda acordar la resolución de los contratos, al declararse la existencia de una Mala Praxis bancaria y la causación de un daño y perjuicio para mi mandante, motivo por el que la demandada vendrá obligada a resarcir a mi mandante por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de su incumplimiento en la cantidad inicialmente invertida, esto es la cantidad de 12.000€, más el interés legal devengado desde la fecha de cada contratación y el abono de las comisiones practicadas y la restitución a la entidad demandada de los intereses abonados, cantidades que devengarán, asimismo, el interés legal del dinero, hasta su efectiva devolución. Declarándose, asimismo, la titularidad de la entidad demandada sobre los instrumentos objeto del presente litigio, para lo cual esta parte hará todo lo que resulte necesario para transferir, esta titularidad.

" c) Y todo ello con expresa imposición a la entidad demandada de las costas del presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 9 de septiembre de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia 2 de Valladolid, fue registrada con el núm. 835/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El procurador D. Fernando Toribios Fuentes, en representación de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU (Banco Ceiss) y de Unicaja Banco, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia 2 de Valladolid, dictó sentencia 145/2015, de 31 de julio, que desestimó la demanda y condenó a las demandantes al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Herminia y D.^a Inocencia. La representación de Banco Ceiss se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, que lo tramitó con el número de rollo 438/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 91/2016, de 13 de abril, en la que desestimó el recurso y condenó al apelante al pago de las costas.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Patricia Gómez Urban, en representación de D.^a Herminia y D.^a Inocencia, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 10, 82, 83 y 86.7 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto de la validez de la renuncia de acciones por parte de un consumidor, al llegarse por la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid a una conclusión contraria a la normativa".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de los artículos 10, 82, 83 y 86.7 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima válida y eficaz la renuncia de acciones firmada por mis mandantes, lo que conculca los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción del artículo 1.265, 1.266 y 1.817 del Código Civil y artículo 7 del CCIV, ya que la sentencia recurrida considera eficaz y válida la renuncia de acciones".

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, derivado de la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales acerca de la validez de la cláusula de renuncia de acciones objeto de este procedimiento en el que intervienen consumidores y que nacen de un contrato viciado en cuanto al consentimiento prestados por estos, determinando los requisitos para entender si son válidas estas cláusulas de renuncia o no artículos 10, 82, 83 y 86.7 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE y los artículos 1256, 1266 y 1817 del Código Civil y artículo 7 del CCIV".

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 6 de junio de 2018 que estimó justificada la abstención en los recursos del magistrado de esta sala Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y, se dictó auto de fecha 27 de junio de 2018, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria SAU se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Los antecedentes más relevantes para comprender las cuestiones objeto de este litigio son los siguientes:

i) D.^a Herminia y su esposo, D. Adolfo, suscribieron el 31 de enero de 2006 una orden de adquisición de 12 títulos de obligaciones subordinadas "Ene-06" de Caja España, que fueron canjeadas el 21 de enero de 2008 por otros 12 títulos de obligaciones subordinadas "Feb-10", con un valor nominal de 1.000 euros cada uno de ellos.

ii) Tales obligaciones subordinadas fueron canjeadas obligatoriamente en mayo de 2013 por 10.800 **bonos** contingente y necesariamente convertibles en acciones del Banco Ceiss con un valor nominal de un euro cada uno de ellos, en cumplimiento de la resolución de 16 de mayo de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en lo sucesivo, FROB), por la que se acuerdan acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución del Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.

iii) El 29 de noviembre de 2013, los demandantes recibieron una oferta de Caja España para canjear voluntariamente sus 10.800 **bonos** contingente y necesariamente convertibles en acciones del Banco Ceiss por 1.555 **bonos** necesaria y contingentemente convertibles de Unicaja Banco (los "NeCoCos") más 1.555 **bonos** perpetuos, contingentemente convertibles de Unicaja Banco (los "PeCoCos"), con un valor nominal de 1 euro cada uno de ellos. La eficacia de la oferta estaba condicionada, entre otros factores, a la obtención de un umbral mínimo de aceptación por los destinatarios de la misma. Además de la reducción del valor nominal de los títulos que suponía este **canje**, se advertía que "la facultad del emisor de suspender unilateralmente el pago de los cupones es un factor que reduce el valor de los **bonos** necesaria y contingentemente convertibles y de los **bonos** perpetuos contingentemente convertibles de Unicaja Banco". El plazo para aceptar la oferta finalizaba el 20 de diciembre de 2013.

iv) En el mismo documento se les informaba de que el FROB había anunciado la aplicación de un mecanismo de revisión relativo a la comercialización de participaciones preferentes y/o deuda subordinada realizada por las Cajas que dieron lugar a Banco CEISS, a inversores minoristas que, además de cumplir determinados requisitos, hubieran aceptado la oferta de **canje** voluntario de los **bonos** de Banco Ceiss por los **bonos** de Unicaja "para el caso de que esta [la oferta de **canje** voluntario] prospere por cumplirse, entre otras condiciones previstas en el Folleto, la de alcanzar el umbral mínimo de aceptación de la oferta referido en el punto 6 del Cuadro-Resumen de las Condiciones Esenciales de la Oferta de **Canje** que adjuntamos como ANEXO". Mediante este "mecanismo de revisión" los titulares de **bonos** de Banco Ceiss podían obtener una cantidad adicional por la pérdida sufrida en su inversión. El mecanismo de revisión "se pondrá en marcha únicamente en el caso de que la oferta [de **canje** de **bonos** de Banco Ceiss por **bonos** de Unicaja] tenga éxito por considerarse cumplidas las condiciones para la efectividad de la misma".

v) Como requisito tanto para aceptar la oferta de **canje** de los **bonos** de Banco Ceiss por los **bonos** de Unicaja Banco como para poder acceder al mecanismo de revisión, el cliente debía "renunciar a cualquier derecho de reclamación o acción judicial o extrajudicial contra Unicaja y/o Unicaja Banco y/o Ceiss y/o Banco Ceiss con motivo de la comercialización de los Instrumentos Híbridos por este último y del **canje** realizado posteriormente por el FROB". También era preciso que el cliente otorgara un acta notarial de manifestaciones.

vi) D.^a Herminia y su hija Inocencia (como heredera de D. Adolfo, que había fallecido el 2 de diciembre de 2013) otorgaron el 17 de diciembre de 2013 acta notarial de manifestaciones, en los términos prerredactados por Banco Ceiss, del siguiente tenor:

"MANIFESTACIONES

" I.- Que los cónyuges DOÑA Herminia y DON Adolfo, hoy sus herederos (en adelante, también referidos como el TITULAR) eran titulares de 10.800 **Bonos** Necesaria y Contingentemente Convertibles de Banco de Caja España de Inversiones. Salamanca y Soria, S.A., (en adelante, Banco CEISS), (en adelante, **Bonos** CEISS).

" II.- Que la entidad en la que tiene depositados dichos valores ha comunicado al TITULAR la oferta formulada por Unicaja Banco, S.A.U., (en adelante, Unicaja Banco), para canjear los referidos **Bonos** CEISS por una combinación de **Bonos** Necesaria y Contingentemente Convertibles en acciones de Unicaja Banco y **Bonos** Perpetuos Contingentemente Convertibles en acciones de Unicaja Banco, según Folleto registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 26 de noviembre de 2013, (en adelante, el "Folleto").

" III.- Que el TITULAR ha recibido y comprendido el documento denominado "Advertencias importantes". protocolizado en virtud de acta notarial otorgada en Málaga, ante el Notario Don Federico Pérez-Padilla García, bajo el número 6.144 de su protocolo, al que yo, la Notario, he tenido acceso y he exhibido a las requirentes previamente a esta manifestación.



" IV.- Que el TITULAR ha tenido a su disposición Nota de Valores, el Documento de Registro y el Resumen que constituyen el Folleto.

" V.- Que el TITULAR conoce los términos y condiciones de la oferta de **canje** de UNICAJA BANCO, y ha decidido aceptarla sabiendo que la misma,

" - Implica la renuncia expresa al ejercicio de cualquier tipo de reclamación o acción judicial o extrajudicial presente o futura, en los términos recogidos en el folleto, contra CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD (CEISS), y/o BANCO CEISS y/o MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA, CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA, ANTEQUERA Y JAEN (UNICAJA), y/o UNICAJA BANCO.

" - Que la aceptación de la oferta de **canje** habilita para acogerse al mecanismo de revisión de la comercialización de las iniciales participaciones preferentes o deuda subordinada acordado y anunciado por el fondo de reestructuración ordenada bancaria (FROB), estando disponible la información y documentación relativa al mismo en la web www.frob.es

" - Que la efectividad del **canje** y de la activación del mecanismo de revisión están condicionadas a que se obtengan unos porcentajes de aceptación por parte de accionistas y bonistas en los términos que resultan de la documentación recibida por el TITULAR.

" - Que los dos productos resultantes del **canje** son productos financieros híbridos con las características esenciales que se citan seguidamente:

" * Los **bonos** necesaria y contingentemente convertibles serán convertidos necesariamente en acciones ordinarias de Unicaja Banco, S.A., como máximo, el día 30 de junio de 2.016, aunque bajo determinadas circunstancias pueden serlo antes. Hasta su conversión en acciones, devengarán un interés predeterminado en la oferta del **canje**, del 6% sobre el valor nominal de los títulos que actualmente tienen los bonistas.

" * Los **bonos** perpetuos contingentemente convertibles devengan anualmente una remuneración del 4% sobre el valor nominal de los títulos propiedad actual de los bonistas de Banco Ceiss.

" * En ambos casos la remuneración está sujeta a ciertas condiciones entre las cuales están que la entidad tenga beneficios y que el consejo de administración de Unicaja no decida declarar un supuesto de no remuneración. Los intereses no pagados no se acumulan para el futuro.

"- Que, en consecuencia, una parte de su inversión puede no ser disponible hasta el 30 de junio de 2.016, y otra parte puede no ser nunca disponible: y que la recuperación del capital actualmente invertido no está asegurada, ni siquiera parcialmente.

" Yo, la Notario, acepto el requerimiento, que queda cumplido, y para mayor Información de las requirentes les hago saber las advertencias formuladas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en los siguientes términos,

" "Los informes de valoración de fechas 1 de agosto y 4 de octubre de 2.013, respectivamente, que se adjuntan al folleto Informativo, concluyen que el **canje** es favorable para los actuales tenedores de **bonos** necesaria y contingentemente convertibles de Banco Ceiss, de acuerdo con la situación de los mercados a dichas fechas.

" No obstante lo anterior, se señala que:

" a) Aquellos inversores que acepten la oferta de **canje** propuesta por Unicaja Banco verán sensiblemente reducido el valor nominal de los títulos recibidos tras el **canje** realizado por el FROB.

" b) La facultad del emisor de suspender unilateralmente el pago de los cupones es un factor que reduce el valor de los **bonos** necesaria y contingentemente convertibles y de los **bonos** perpetuos contingentemente convertibles de Unicaja Banco.

" c) La aceptación de la oferta de Unicaja Banco implica la renuncia a cualquier derecho de reclamación o acción judicial o extrajudicial contra Unicaja y/o Unicaja Banco y/o Ceiss y/o Banco Ceiss con motivo de la comercialización de los instrumentos híbridos por este último y del **canje** realizado posteriormente por el FROB. Las valoraciones citadas anteriormente no incluyen, por ser de imposible valoración sin considerar las circunstancias personales caso a caso, el valor económico de la obligatoria renuncia a cualquier derecho de reclamación o acción judicial o extrajudicial.

" Por último, ha de tenerse en cuenta que los inversores minoristas que decidan no aceptar la oferta de Unicaja Banco quedarán excluidos del mecanismo que el FROB tiene previsto implementar para la revisión de la comercialización de participaciones preferentes y/o deuda subordinada realizada por las Cajas que dieron lugar a Banco Ceiss. La resolución acordada por la Comisión Rectora del FROB de fecha 20 de noviembre de 2.013 relativa a la implementación del mencionado mecanismo de revisión indica que, en aquellos casos en



los que se determine la procedencia del abono de una cantidad en efectivo por parte del FROB dicho pago tendrá la consideración de rendimiento del capital mobiliario derivado de la cesión a terceros de capitales propios. La información relativa a este mecanismo de revisión se encuentra disponible en la página web del FROB (www.frob.es).

" La presente Acta ha sido redactada conforme a minuta facilitada por el Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A."

vii) El mismo día le fue entregada a D.^a Herminia una comunicación de Banco Ceiss en la que se le informaba de que "la evaluación realizada impide considerar la operación de referencia [canje de bonos de Banco Ceiss por bonos de Unicaja] como conveniente".

viii) En la orden de canje suscrita por D.^a Herminia, esta escribió de su puño y letra las frases "Este producto es complejo y se considera no conveniente para mí" y "No he sido asesorado por Unicaja Banco ni por Banco CEISS en esta operación".

ix) El 23 de diciembre de 2013, D.^a Herminia suscribió el formulario de "solicitud de aplicación del mecanismo de revisión para los titulares minoristas de instrumentos híbridos de Banco Ceiss que hayan aceptado la oferta de Unicaja Banco S.A.U."

x) El experto independiente contratado por el FROB para decidir en el mecanismo de revisión, PwC Auditores S.L., rechazó la solicitud de la Sra. Herminia con la siguiente justificación: "En la fecha de contratación del Producto de inversión CEISS, Usted reunía el perfil adecuado para la complejidad y naturaleza del Producto de Inversión CEISS". Con la notificación de esta decisión desfavorable, que se realizó por Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A., se le informó de que en el mes siguiente podría presentar una "Solicitud de Aplicación del Mecanismo de Acompañamiento establecido por Unicaja Banco", que, en caso de serle favorable, le permitiría recuperar el 75% de la diferencia entre el nominal de los bonos Ceiss y la valoración de los bonos de Unicaja y el "diferencial de intereses".

xi) D.^a Herminia suscribió el formulario de "solicitud de aplicación del mecanismo de acompañamiento para los titulares minoristas de instrumentos híbridos de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A. (en adelante, Banco Ceiss) que hayan obtenido un resultado desfavorable en el mecanismo de revisión del FROB" el 29 de mayo de 2014, sin que conste que haya obtenido respuesta alguna.

2.- El 9 de septiembre de 2014, D.^a Herminia y su hija Inocencia, como heredera de D. Adolfo, presentaron una demanda contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U. y Unicaja Banco S.A. en la que, en lo que aquí interesa, solicitaban que se declarara la nulidad de la renuncia al ejercicio de las acciones efectuada por las demandantes frente a las entidades demandadas, contenida en el acta otorgada ante la Notario de Castilla y León, Dña. Teresa Hervella Durántez, el 17 de diciembre de 2013, bajo el núm. 1.957 de orden de su protocolo, así como cualquier renuncia de acciones que obrara en la documentación en poder de las demandadas. Asimismo, solicitaron que se anularan las adquisiciones de obligaciones subordinadas de Caja España realizadas en 2006 y 2010 y los sucesivos canjes, por diversos fundamentos, de modo que se restituya a las demandantes los 12.000 euros invertidos y las comisiones abonadas, con sus intereses y se restituya a las demandadas los intereses percibidos; y, subsidiariamente, la resolución de los contratos por incumplimiento de las obligaciones de asesoramiento e información, la indemnización de los daños y perjuicios por mala praxis bancaria, o la resolución de los contratos por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

3.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pues estimó que la renuncia de acciones contenida en el acta notarial de manifestaciones era válida.

4.- Las demandantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial hizo suyos los razonamientos de la sentencia recurrida y desestimó el recurso de apelación.

5.- Las demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en tres motivos, que han sido admitidos.

En los dos primeros motivos, el interés casacional vendría determinado por la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituida por las sentencias de 28 de enero de 1995 y 12 de febrero de 2016.

El tercer motivo no constituye propiamente un motivo autónomo de los dos anteriores en que se denuncie otra infracción legal. En el mismo se justifica el interés casacional de los dos anteriores motivos también por la existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales.



6.- Tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación se refieren a la renuncia de acciones por parte de las demandantes. En ambos, las recurrentes solicitan que se devuelvan las actuaciones a la instancia al objeto de que, eliminado el óbice de la renuncia de acciones, entre a decidir sobre la nulidad del negocio de adquisición de los productos financieros.

SEGUNDO.- *Rechazo de las causas de inadmisión alegadas por la recurrida*

1.- Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U. (en lo sucesivo, Banco Ceiss) dedica la mayor parte de su escrito de oposición al recurso a alegar causas de inadmisión.

2.- Estas causas de inadmisión no pueden ser estimadas. A tal efecto, debemos recordar la doctrina de esta Sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso núm. 485/2012), y reiterada en las sentencias 351/2015, de 15 de junio, 550/2015, de 13 de octubre, y 577/2015, de 5 de noviembre, y 188/2016, de 18 de marzo. Debe desestimarse la alegación de causas relativas de inadmisión cuando, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso, secundarios, el recurso plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales supuestos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia.

3.- Los motivos del recurso de casación contienen alegaciones relativas a la infracción legal denunciada para cuya estimación no sería necesario modificar la base fáctica sentada en la instancia, puesto que, al contrario de lo que afirma la recurrida, "la validez de la renuncia de acciones" no es una valoración probatoria sino una valoración jurídica sustantiva, sin perjuicio de que deba apoyarse en una determinada base fáctica. Que algunas alegaciones contenidas en esos motivos sí partan de premisas de hecho diferentes a las fijadas en la instancia no puede determinar la inadmisión del motivo.

Tampoco puede justificar la pretendida inadmisión que solicita Banco Ceiss la alegación de que la sentencia recurrida no vulnera la doctrina jurisprudencial alegada como justificación del interés casacional, puesto que esa es justamente la cuestión a decidir.

Y por último, es notorio, y a la recurrida le consta necesariamente por haber sido parte en todos esos procedimientos, que las resoluciones de las distintas Audiencias Provinciales sobre la validez de la renuncia a las acciones que se exigió a todos los clientes para poder realizar el **canje de bonos** y acceder al "mecanismo de revisión" en el procedimiento de resolución del Banco Ceiss, fueron discordantes por cuanto que unas aceptaron la validez de dicha renuncia (como ocurrió en la sentencia recurrida), mientras otras declararon su nulidad.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, los artículos 10, 82, 83 y 86.7 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLGDCU), el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 y la jurisprudencia que los desarrolla, respecto de la validez de la renuncia de acciones por parte de un consumidor.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que "la renuncia de acciones efectuada por mis mandantes constituye una limitación de los derechos [...] que vulnera entre otros preceptos el artículo 24 de la Constitución Española al renunciarse al derecho de acceso a la tutela judicial efectiva" y es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que impone un criterio restrictivo en la admisión de la renuncia de derechos. Y en este caso, la renuncia de derechos se realizó en beneficio de Banco Ceiss, puesto que en el mecanismo de revisión, en el mejor de los supuestos, los clientes no recuperarían ni el 70% de su inversión y el FROB decide quienes pueden acceder al proceso de revisión, al haber elegido como árbitro a Price Waterhouse, empresa que auditó a Banco Ceiss durante varios años. Como último argumento relevante, se alega que las renunciaciones de acciones condicionadas, genéricas, inciertas, indeterminadas y dependientes de su cumplimiento de un tercero vinculado al FROB y a Unicaja son nulas de pleno derecho.

CUARTO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*



1.- La práctica totalidad de las alegaciones que se realizan en el desarrollo del motivo se refieren a cuestiones sustantivas: la existencia de error vicio en la renuncia de acciones, la contrariedad a la buena fe, la propagación de la nulidad entre negocios jurídicos conexos, la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios, la existencia de abuso de derecho, la ineficacia de las renunciaciones de derechos en productos financieros complejos o el incumplimiento de los requisitos necesarios para que la renuncia de derechos sea válida. La invocación en el encabezamiento del motivo, como preceptos infringidos, de los arts. 10 , 82 , 83 y 86.7 TRLGDCU y del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE muestra a las claras la naturaleza sustantiva de estas infracciones.

2.- Tales infracciones solo podrían ser planteadas en el recurso de casación, pero no en el recurso extraordinario por infracción procesal, en el que solo pueden plantearse cuestiones que tengan cabida en alguno de los motivos establecidos en el art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.- El único argumento que podría tener encaje en el recurso extraordinario por infracción procesal planteado sería la infracción de la jurisprudencia constitucional sobre la incompatibilidad de la renuncia de derechos con el art. 24 de la Constitución . Se equipara el reconocimiento de validez a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones con la estimación de los obstáculos procesales que impiden conocer del fondo del litigio.

4.- En su sentencia 65/2009, de 9 de marzo, el Tribunal Constitucional declaró:

"Como recordábamos en el fundamento jurídico 6 de dicha Sentencia, con cita de la STC 76/1990, de 26 de abril , FJ 7, "el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene 'carácter irrenunciable e indisponible', lo que no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a su ejercicio cuando ello redunde en beneficio del interesado, pues 'si bien los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es perfectamente compatible con el establecimiento de límites temporales dentro del ordenamiento para el ejercicio de las correspondientes acciones (STC 7/1983 , FJ 3). Si la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es un obstáculo al carácter temporal de las acciones para su defensa, la irrenunciabilidad de tales derechos no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio"".

5.- En este caso, la renuncia al ejercicio de acciones se hizo para conseguir un **canje de bonos** por acciones y para tener acceso a un "mecanismo de revisión". Por tanto, desde el punto de vista constitucional, no existe infracción de derechos fundamentales, concretamente del derecho a la tutela judicial efectiva.

6.- Si existió un desequilibrio importante de derechos y obligaciones contrario a las exigencias de la buena fe, por las características del negocio jurídico en que se produjo la renuncia o las circunstancias en que se celebró, es cuestión sustantiva que debe analizarse a la luz del art. 82 TRLGDCU, no una cuestión constitucional.

Recurso de casación

QUINTO.- *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento del motivo se alega que la decisión de la sentencia de la Audiencia Provincial de considerar válida la renuncia de acciones de las demandantes constituye una infracción de los artículos 10 , 82 , 83 y 86.7 TRLGDCU, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta.

2.- En el desarrollo del motivo las recurrentes citan sentencias de otra Audiencia, que se habría pronunciado en un sentido favorable a su tesis, y de esta sala, en concreto la 57/2016, de 12 de febrero , y argumentan, entre otras razones, que la sentencia recurrida hace una valoración jurídica inconsistente de la renuncia de acciones firmada por las demandantes, sin valorar el contexto en el que se realiza esa renuncia, ni los condicionamientos, consecuencias o generalidades que le afectaban. Se trataría de una renuncia al ejercicio de acciones condicionada (pues la demandada habría asumido una obligación sometida a condición suspensiva consistente en la previa obtención de unos porcentajes de aceptación por parte de accionistas y bonistas que ni siquiera se definen) y carente de una contraprestación perfectamente concretada.

SEXTO.- *Decisión del tribunal: la imposición de la renuncia de acciones para el **canje de bonos** u obligaciones de entidades en riesgo de desaparición constituye una cláusula abusiva*

1.- La renuncia de acciones contenida en la condición general cuestionada no infringe el art. 10 TRLGDCU porque no supone una renuncia previa a los derechos que dicha norma reconoce a los consumidores y usuarios.

La renuncia al ejercicio de cualquier reclamación o acción judicial o extrajudicial presente o futura se refería a las acciones nacidas de situaciones ya acaecidas, como era la comercialización de instrumentos híbridos



(como las obligaciones subordinadas) por parte de Banco Ceiss y el **canje** realizado posteriormente por el FROB, y no a acciones derivadas de eventos futuros.

Habida cuenta de las circunstancias concurrentes (conocimiento por los clientes de la situación de grave crisis de la entidad financiera emisora de los productos financieros, que se encontraba inmersa en un "plan de resolución", en cuyo seno se produce el **canje** obligatorio de obligaciones por **bonos** y la posterior oferta de **canje** por **bonos** de otra entidad bancaria, con sucesivas pérdidas patrimoniales respecto de la inversión inicial), la situación de la que nacían las acciones a las que se renunciaba (acciones de anulación del contrato de adquisición de los productos financieros por vicio del consentimiento o de exigencia de responsabilidad contractual, fundamentalmente) ya se había producido y era conocida por las demandantes. Por tanto, se trataba de una renuncia a las acciones ya nacidas y que podían ser ejercitadas por las demandantes, no de una renuncia previa de derechos o acciones, que es lo que prohíbe el art. 10 TRLGDCU en el caso de consumidores.

2.- Ahora bien, que no se esté en el supuesto previsto en el art. 10 TRLGDCU no significa que la condición general por la que las demandantes renunciaron al ejercicio de acciones o reclamaciones contra Banco Ceiss y Unicaja no pueda ser una cláusula abusiva por otras razones y, en concreto, porque habida cuenta de las circunstancias concurrentes en dicha renuncia, provoque un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en contra de las exigencias de la buena fe (art. 82.1 TRLGDCU). Al no tratarse de una condición general referida a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida de las previstas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, en la interpretación estricta que de esta norma ha hecho el TJUE, puede realizarse un control de contenido previsto en el art. 82.1 TRLGDCU, que desarrolla el art. 3.1 de la Directiva.

3.- En el presente caso, la entidad emisora de los productos financieros se encontraba en proceso de "resolución", por lo que tras el **canje** obligatorio de las obligaciones subordinadas por **bonos** del Banco Ceiss, los inversionistas no tenían otra alternativa razonable, para no perder toda su inversión, atendidas las vicisitudes por las que atravesaba la entidad emisora, que aceptar la oferta de **canje** realizada por Unicaja, pese a que suponía una nueva pérdida patrimonial y se condicionaba a la renuncia al ejercicio de acciones. Por tanto, a los clientes que invirtieron en productos híbridos de Banco Ceiss se les planteaba la disyuntiva de aceptar, en un breve periodo de tiempo, la renuncia a las acciones que pudieran corresponderles por la comercialización de tales productos o arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial inmediata y posiblemente absoluta. Se trató de la imposición de la renuncia a solicitar tutela judicial efectiva en una situación límite de la que el cliente no es responsable.

4.- Además de lo anterior, el mecanismo de revisión y el propio **canje** para cuya consecución se estableció la condición de renunciar al ejercicio de acciones, estaban sometidos a condiciones imprecisas, como las de obtener la adhesión de accionistas y bonistas en porcentajes no concretados.

5.- Asimismo, la contraprestación que resultaba condicionada a la renuncia de acciones (además del **canje** de **bonos**, con entrega de **bonos** de Unicaja de cuantía muy inferior a la inversión original en obligaciones subordinadas de Banco Ceiss e incluso de los **bonos** Ceiss por los que aquellas fueron canjeadas obligatoriamente, y de rendimiento incierto, pues se condicionaba a que la entidad emisora obtuviera beneficios y no decidiera declarar un supuesto de no remuneración) consistía en un "mecanismo de revisión" para conseguir una indemnización al menos parcial de la pérdida patrimonial sufrida, de bases imprecisas, que no consistía propiamente en un arbitraje y cuya solvencia y garantías se desconocían. Buena prueba de ello fue que el "experto" que resolvió las solicitudes de revisión desestimó la solicitud de las demandantes de que se les compensara la pérdida de la inversión porque "en la fecha de contratación del Producto de inversión CEISS, Usted reunía el perfil adecuado para la complejidad y naturaleza del Producto de Inversión CEISS" cuando en el **canje** de los **bonos** Ceiss por los **bonos** de Unicaja, realizado en un momento en que las demandantes ya tenían conocimiento de los riesgos que afectaban a este tipo de productos por haber sufrido personalmente las consecuencias de la crisis de Banco Ceiss, se les informó por Banco Ceiss que "la evaluación realizada impide considerar la operación de referencia como conveniente".

6.- En estas circunstancias, la condición general en la que se establece la renuncia de los clientes al ejercicio de cualquier tipo de reclamación o acción judicial o extrajudicial presente o futura causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor y usuario, en contra de las exigencias de la buena fe.

7.- Las circunstancias que determinan el carácter abusivo de esta condición general no concurrían en el supuesto enjuiciado en la sentencia 205/2018, de 11 de abril, en el que el cliente no se veía ante el riesgo inminente de pérdida patrimonial grave si no aceptaba la transacción en un breve periodo de tiempo.



8.- La estimación del motivo hace innecesario examinar los demás motivos y comporta, conforme al art. 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, casar la sentencia recurrida pero también la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, partiendo de la nulidad de la renuncia de acciones contenida en la condición general impugnada, se pronuncie sobre las demás acciones ejercitadas en la demanda respecto de la adquisición de obligaciones subordinadas de Caja España y su posterior **canje** por **bonos** de Banco Ceiss y de **bonos** de Unicaja. Al haber apreciado dicho tribunal la validez de la renuncia al ejercicio de acciones, falta de modo absoluto el juicio de hecho y de derecho sobre las demás acciones ejercitadas. De ahí que, no siendo la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas por ninguna instancia, el pronunciamiento de este tribunal deba limitarse a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la validez de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones por parte de las demandantes.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y procede condenar a las recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Herminia y D.ª Inocencia contra la sentencia 91/2016, de 13 de abril, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el recurso de apelación núm. 438/2015.

2.º- Casar la expresada sentencia y acordar la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que, partiendo de la nulidad de la renuncia de acciones contenida en la condición general impugnada, se pronuncie sobre las demás acciones ejercitadas en la demanda respecto de la adquisición de obligaciones subordinadas de Caja España y su posterior **canje** por **bonos** de Banco Ceiss y de **bonos** de Unicaja.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y condenar a las recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

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.