



Roj: **STS 23/2022 - ECLI:ES:TS:2022:23**

Id Cendoj: **28079110012022100005**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2022**

Nº de Recurso: **5604/2018**

Nº de Resolución: **11/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 11/2022

Fecha de sentencia: 12/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5604/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL LAS PALMAS DE GRAN CANARIA. SECCION 4ª

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

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN núm.: 5604/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 11/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 12 de enero de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco Sabadell, S.A., representado por la procuradora doña Blanca M. Grande Pesquero, bajo la dirección letrada de doña Irene Montesinos Llorca, contra la sentencia n.º 414/2018 de fecha 3 de julio de 2018, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria y aclarada por auto de 4 de septiembre de 2018, en el rollo de apelación n.º 988/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 395/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Las Palmas de Gran Canaria. Ha sido parte recurrida don Bernabe, representado por el procurador don Carlos Sánchez Ramírez y bajo la dirección letrada de don José Joaquín Mazorra Alvarado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador don Carlos Sánchez Ramírez en nombre y representación de don Bernabe interpuso una demanda de juicio ordinario en ejercicio de acciones de nulidad contractual y otras acciones subsidiarias de incumplimiento contractual y daños y perjuicios contra Banco Sabadell S.A. en la que solicitaba se dictase sentencia que la estimase íntegramente y:

1. Respecto al contrato de Participaciones Preferentes CAM:

"1.1. Con carácter principal, declare la nulidad o la anulabilidad del contrato por la infracción de normas imperativas, o en su caso vicio en el consentimiento. Y, en virtud de los efectos prevenidos en el art. 1.303 del Código Civil, condene a BANCO DE SABADELL a abonar a mi mandante la diferencia entre: (1) La cantidad correspondiente al capital empleado para la compra de las Participaciones Preferentes, incluidos gastos y comisiones; (2) Menos, los cupones obtenidos por las Participaciones Preferentes. Cantidad que se calcula provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO EUROS Y TREINTA Y UN CÉNTIMOS (47.395,31.-€), más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y los prevenidos en el art. 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil con posterioridad. Condenando a BANCO DE SABADELL a estar y pasar por esta declaración.

"1.2. Con carácter subsidiario, declare el incumplimiento de CAM, de sus obligaciones de información, lealtad, transparencia, y fiel asesoramiento en la PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE INVERSIÓN para la suscripción del contrato de Participaciones Preferentes. Y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 a 1.004, del Código Civil, condene a BANCO DE SABADELL al resarcimiento de los daños y perjuicios. Cantidad que se calcula provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO EUROS Y TREINTA Y UN CÉNTIMOS (47.395,31.-€), más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y los prevenidos en el art. 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil con posterioridad. Condenando a BANCO DE SABADELL a estar y pasar por esta declaración.

2. Respecto al contrato Segunda Emisión de Obligaciones Subordinadas CAM:

"2.1. Con carácter principal, declare la nulidad o la anulabilidad del contrato por la infracción de normas imperativas, o en su caso vicio en el consentimiento. Y, en virtud de los efectos prevenidos en el art. 1.303 del Código Civil, condene a BANCO DE SABADELL a abonar a mi mandante la diferencia entre: (1) La cantidad correspondiente al capital empleado para la compra de las Obligaciones Subordinadas, incluidos gastos y comisiones; (2) Menos, los cupones obtenidos por las Obligaciones Subordinadas. Cantidad que se calcula provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en TRESCIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS Y VENTIDOS CÉNTIMOS (309.560,22.-€), más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y los prevenidos en el art. 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil con posterioridad. Condenando a BANCO DE SABADELL a estar y pasar por esta declaración.

"2.2. Con carácter subsidiario, declare el incumplimiento de CAM, de sus obligaciones de información, lealtad, transparencia, y fiel asesoramiento en la PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE INVERSIÓN para la suscripción del contrato de Obligaciones Subordinadas. Y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 a 1.004, del Código Civil, condene a BANCO DE SABADELL al resarcimiento de los daños y perjuicios. Cantidad que se calcula provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en TRESCIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS Y VENTIDOS CÉNTIMOS (309.560,22.-€), más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y los prevenidos en el art. 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil con posterioridad. Condenando a BANCO DE SABADELL a estar y pasar por esta declaración.

3. Respecto al contrato de Cuotas Participativas CAM:

"3.1. Con carácter principal, declare la nulidad o la anulabilidad del contrato por la infracción de normas imperativas, o en su caso vicio en el consentimiento. Y, en virtud de los efectos prevenidos en el art. 1.303 del



Código Civil, condene a BANCO DE SABADELL a abonar a mi mandante el capital empleado para la compra de Cuotas Participativas. Cantidad que se calcula provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en TRES MIL CINCUENTA Y NUEVE EUROS Y TREINTAIÚN CÉNTIMOS (3.059,31.-€), más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y los prevenidos en el art. 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil con posterioridad. Condenando a BANCO DE SABADELL a estar y pasar por esta declaración.

"3.2. Con carácter subsidiario, declare el incumplimiento de CAM, de sus obligaciones de información, lealtad, transparencia, y fiel asesoramiento en la PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE INVERSIÓN para la suscripción del contrato de Cuotas Participativas. Y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 a 1.004, del Código Civil, condene a BANCO DE SABADELL al resarcimiento de los daños y perjuicios. Cantidad que se calcula provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en TRES MIL CINCUENTA Y NUEVE EUROS Y TREINTAIÚN CÉNTIMOS (3.059,31.-€), más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y los prevenidos en el art. 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil con posterioridad. Condenando a BANCO DE SABADELL a estar y pasar por esta declaración."

2. La demanda fue presentada el 3 de mayo de 2016, turnada al Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Las Palmas de Gran Canaria y registrada como juicio ordinario n.º 395/2016. Una vez admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que hizo en tiempo y forma en el sentido de solicitar la desestimación de la demanda en los siguientes términos:

"(...) dicte sentencia desestimando en todas sus partes la demanda y absolviendo libremente a mi parte de las pretensiones de condena en base a la inexistencia de objeto del proceso. En caso de no admitirse, se desestime por concurrir caducidad de la acción. En caso de entrar al fondo del asunto, se desestime por no concurrir vicio invalidante del contrato ni incumplimiento de la normativa existente, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora. (...)".

3. Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia de fecha 7 de julio de 2017 con el siguiente fallo:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales Sra. Vegas Navas, en nombre y representación de don Feliciano, contra la entidad financiera BANKIA, S.A., representada por el procurador de los Tribunales Sr. Jáñez, por lo que debo:

" 1º) Declarar la nulidad del contrato de deuda subordinada de 20 de mayo de 2008 de la CAM perfeccionado en un importe de 1.200.000 euros; y de participaciones preferentes de 24 de septiembre de 2009, por importe de 400.000 euros; y de adquisición de cuotas participativas de 25 de mayo de 2010 por importe de 3019,40 euros.

" 2º) Condenar a las partes a restituirse recíprocamente las prestaciones, así como como el interés legal del dinero liquidado desde la fecha de su cargo en cuenta y hasta el pago del importe reclamado como principal.

" 3º) Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

4. A instancia de Banco Sabadell S.A. con fecha 29 de septiembre de 2017 se dictó auto aclaratorio de la sentencia de 7 de julio de 2017 en la forma descrita en su razonamiento jurídico segundo:

"[...]SEGUNDO.- En primer lugar, procede acceder a la corrección del error material de la parte dispositiva del fallo de la sentencia y donde dice "... la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales Sra. Vegas Navas, en nombre y representación de don Feliciano, contra la entidad financiera BANKIA, S.A., representada por el procurador de los Tribunales Sr. Jáñez...", deberá decir la demanda presentada por el procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Ramírez, en nombre y representación de don Bernabe, contra la entidad BANCO SABADELL, representado por el procurador de los Tribunales Sr. Curbelo García...".

Se denegó el complemento de la sentencia interesado en la forma descrita en el razonamiento jurídico tercero

"[...]TERCERO.- No ha lugar a la petición de complemento de la sentencia interesada por la representación procesal de la entidad SABADELL, dado que resulta claro que, en el último párrafo del fundamento de derecho 6º, tras la exposición de los razonamientos jurídicos que se consideran de aplicación, se dice que la entidad bancaria demandada deberá devolver el nominal invertido, incrementado en los intereses legales desde la fecha en que se realizó la respectiva inversión, mientras que el cliente demandante habrá de devolverla remuneración percibida, con los intereses legales desde la fecha de su recepción". A su vez, el pronunciamiento incluido en el fallo de la sentencia es de condena a la restitución. O dicho de otra forma, ante la falta de acuerdo de las partes en la determinación del importe a restituir siempre tendrán abierta la vía ejecutiva en que se liquidaría el importe conforme al contenido del fallo una vez gane firmeza. En conclusión, si la parte demandada no está conforme con la argumentación jurídica atinente a la determinación del importe a restituir a la actora, deberá hacerlo valer en el correspondiente recurso de apelación y no por medio de complemento de la sentencia".

**SEGUNDO. Tramitación en segunda instancia**

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Sabadell, S.A. al que se opuso en tiempo y forma, la representación de don Bernabe, solicitando que se desestimase íntegramente el recurso de apelación, o en su caso se acordase estimar sustancialmente la demanda en atención a las pretensiones establecidas con carácter subsidiario en el escrito de demanda, y todo ello con expresa imposición de costas al apelante.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 988/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 414/2018 de 3 de julio de 2018 aclarada por auto de 4 de septiembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS

"I. Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por BANKIA, S.A., revocando la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA n.º 10 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de 7 de julio de 2017 en el Juicio Ordinario 395/16, en el sentido de que, como consecuencia de la nulidad, el demandado deberá abonar a don Bernabe :

" a. Por las obligaciones subordinadas: 309.560,22€.

" b. Por las Participaciones preferentes: 47.395,31€.

" c. Cuotas participativas: 3.059,31€.

" d. Los Intereses legales desde la presentación de la demanda.

"II. No imponer costas en esta alzada a ninguna de las partes, con devolución de la totalidad del depósito constituido".

" LA SALA RESUELVE: Rectificar el Fallo de la Sentencia de 3 de julio de 2018 (f. 28-37), haciendo constar que la parte apelante y demandada es BANCO SABADELL, S.A.".

TERCERO. Interposición y tramitación del recurso de casación

1. La representación de Banco Sabadell interpuso recurso de casación, articulado en un único motivo "[...] ÚNICO. - Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a las consecuencias de la nulidad prevista en el artículo 1.303 del Código Civil en los contratos bancarios y el alcance de los efectos restitutorios con reposición de los contratantes al estado patrimonial anterior al contrato, vulnerada por la Audiencia por establecer unas consecuencias distintas para la nulidad. Infracción del artículo 1.303 del Código Civil, que supondría un enriquecimiento injusto de la actora."

2. Recibidas las actuaciones en esta Sala, por auto de fecha 3 de febrero de 2021 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito el procurador don Carlos Sánchez Ramírez, solicitando que se dicte sentencia declarando que el recurso debió ser inadmitido o se desestime declarando la improcedencia de todos y cada uno de los motivos de recurso articulados de adverso, confirmando en todas sus partes la sentencia que se recurre.

3. Por providencia de 11 de noviembre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 7 de diciembre de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO. Resumen de antecedentes**

1. Don Bernabe interpuso una demanda de juicio ordinario contra el Banco de Sabadell, S.A., ejercitando una acción de nulidad por error en el consentimiento y, subsidiariamente, una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en relación con tres contratos por los que adquirió deuda subordinada por importe de 1 200 000 euros el 20 de mayo de 2008, participaciones preferentes por importe de 400 000 euros el 24 de septiembre de 2009 y cuotas participativas por importe de 3000 euros el 1 de julio de 2008, respectivamente.

2. La sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda, declaró la nulidad de los tres contratos con el efecto de:



"[C]ondenar a las partes a restituirse recíprocamente las prestaciones, así como como el Interés legal del dinero liquidado desde la fecha de su cargo en cuenta y hasta el pago del importe reclamado como principal".

3. Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, la Audiencia lo estimó parcialmente y revocó la sentencia apelada:

"[e]n el sentido de que como consecuencia de la nulidad [... la entidad demandada] deberá abonar a don Bernabe :

"1. Por las obligaciones subordinadas: 309.560,22€.

"2. Por las Participaciones preferentes: 47.395,31€.

"3. Cuotas participativas: 3.059,31€.

"4. Los intereses legales desde la presentación de la demanda".

La Audiencia dedica el fundamento de derecho sexto a las consecuencias de la nulidad. En él anota el siguiente razonamiento:

"15. Las alegaciones (3), (5) y (6) del recurso discuten los efectos que la sentencia de instancia atribuye a la declaración de nulidad. Ciertamente, la norma general es la mutua restitución de prestaciones que se recoge en el punto segundo del Fallo, sin mayor detalle. Pero es necesario tener en cuenta (las concretas circunstancias de estos productos financieros. Puesto que se produjo el canje por acciones, y posteriormente el Cliente realiza negocios con ellas, de manera que no puede proceder a la devolución de los productos financieros que adquirió con error en el consentimiento, a cambio del precio que pagó por ellos.

En estos casos, "[r]especto a la pretensión subsidiaria de los apelantes de aminorar el Capital que debe ser restituído con la detracción de las cantidades recuperadas tras el canje de las acciones, procede su estimación conforme a la doctrina Jurisprudencial de esta sala ...en el sentido de que declarada la nulidad de los contratos objeto de la litis se proceda a la restitución de las prestaciones realizadas, con sus respectivos intereses desde la fecha de pago, aminorando el capital que deben recibir los demandantes con la detracción de las cantidades recuperadas por el canje de las acciones". Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 1 de marzo de 2018 . Sentencia: 103/2018 Recurso: 1089/2015 .

Y "[d]eclarada la nulidad del contrato, carecen igualmente de causa los abonos de rendimientos efectuados por la entidad al cliente. En consecuencia, por aplicación de las reglas anteriores, el cliente debe restituirlos y debe abonar también los intereses legales sobre dichos rendimientos desde cada una de las liquidaciones" Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 16 de octubre de 2017 . Sentencia: 561/2017 Recurso: 1985/2015 .

16. Esta cuestión puede quedar resuelta en la Sentencia, sin necesidad de remitir al trámite de ejecución, Existen en la causa dos informes periciales que analizan el perjuicio sufrido por el inversor: informe pericial de don Prudencio (f. 111-140) y el Informe pericial de don Romualdo (f, 268-326).

Lo cierto es que llegan a conclusiones diferentes. La discrepancia tiene que ver con el criterio utilizado para la valoración. Reiteramos que los productos adquiridos (salvo las cuotas participativas) fueron canjeados por el Cliente por Acciones del Banco, acogiéndose a la mencionada una "Oferta Pública de Venta y Suscripción da acciones dirigida exclusivamente a titulares de participaciones preferentes y valores de deuda subordinada del grupo Banco CAM" de 21 de junio de 2.012.

El Cliente canjea sus productos por acciones del Banco, y en eso los Informes son coincidentes. Es ese el momento que hemos considerado para iniciar el plazo de caducidad, ya que el Inversor conoce el valor real de los productos adquiridos y los resultados desfavorables de la Inversión.

17. El primero de los informes tiene en cuenta los negocios que hace posteriormente el Cliente con esas acciones, los pagos diferidos derivados de la conversión, el incremento de inversión en acciones, los dividendos y la venta posterior, todo ello aplicando el criterio contable de la reinversión de los flujos de caja (f. 129 a 137). Por eso recoge operaciones de fecha posterior a julio de 2.012, en que se realizó el canje.

Mientras que el Informe pericial de don Romualdo (f. 268-326) solo tiene en consideración la operación hasta la fecha del canje, calculando la diferencia entre el importe de la inversión inicial y el precio de las acciones a fecha julio de 2.012 (f. 313). Y descuenta de esa diferencia el importe recibido por el Cliente en concepto de cupones con anterioridad al Canje (f. 312). El resultado es que el Cliente tiene una pérdida neta de 47.395,31€ por las participaciones preferentes; y de 309.560,22€ por la deuda subordinada. El total son 356.955,53€. Que son precisamente la cifras que redama en él suplico (f. 21-22).

De las dos opciones, la Sala considera más acertada la última, pues es en julio de 2.012 cuando el Cliente canjea los productos y pone en valor el resultado de su inversión viciada por error. A partir de ahí era libre



de operar con las acciones del Banco de la forma que estimara más conveniente y el valor de las mismas ya evolucionará de manera positiva o negativa con total independencia de las circunstancias existentes cuando adquirió los productos de la CAM.

Mientras que el Informe pericial de don Prudencio (f. 111-140) lo que hace es tener en consideración los resultados de la Inversión tras el canje. Los pagos diferidos, posteriores al canje, estaban condicionados a que el Cliente mantuviera su inversión en las acciones (asumiendo el riesgo de una mayor pérdida de valor). La adquisición de nuevas acciones en ejercicio del derecho de suscripción preferente también son decisiones del Cliente, relacionadas con la tenencia de acciones, que no ha discutido en este juicio ni sostiene que estén viciadas por error en el consentimiento.

Lo relevante es que son posteriores a la fecha del canje y se trata de operaciones de inversión diferentes, que aunque hayan tenido un resultado positivo, no afectan a la realidad de que los productos adquiridos por error le ocasionaron un perjuicio cierto cuando los canjeó.

En cuanto a las cuotas participativas, como no existe mercado donde venderlas o canjearlas, ni nadie dispuesto a adquirirlas, su valor es cero y el resultado de su inversión es la pérdida total (f. 138-139).

18. En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso de apelación, detallando las consecuencias de la declaración de nulidad, a la vista de las prestaciones que puede ser objeto de restitución (porque las acciones canjeadas se han vendido) y el resultado económico de la operación para las partes. Coincidente con lo solicitado en el suplico de la demanda, con los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda" (la cursiva y el subrayado son del texto original).

4. Al discrepar de la decisión, la demandada-apelante ha interpuesto recurso de casación, por razón de interés casacional, con fundamento en un motivo único, que ha sido admitido y frente al que el demandante-apelado ha alegado causa de inadmisión, por carencia manifiesta de fundamento, y formulado oposición al fondo.

SEGUNDO. Motivo del recurso. Oposición del recurrido. Decisión de la sala ?

1. El recurso de casación se funda en un motivo único que denuncia la infracción del art. 1303 CC y la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la nulidad en los contratos bancarios y el alcance de los efectos restitutorios con reposición de los contratantes al estado patrimonial anterior al contrato. La recurrente cita las sentencias 561/2017, de 16 de octubre, y 734/2016, de 20 de diciembre. Y, centrándose en las participaciones preferentes y la deuda subordinada, pues "[l]a discusión sobre las cuotas [participativas] queda al margen del presente recurso", alega que "[l]a actora debía restituir todos los rendimientos recibidos, las acciones (o su valoración, pues fueron vendidas y el importe cobrado por la actora), y, en general, todos los importes obtenidos por la existencia de ese contrato, y como consecuencia de su titularidad, así como los intereses legales sobre esas cantidades. A cambio, [... ella] debería restituir el importe de la inversión y los intereses legales sobre la misma"; que "[S]in embargo, la actora, a través de un informe pericial, que no tiene en cuenta que las acciones han sido vendidas, calcula el importe de la reclamación tomando como referencia el valor de las acciones al momento del canje. Este cálculo sería más propio de una acción de daños y perjuicios, aunque en este caso tampoco resultaría correcto, pues el daño debe ser efectivo y las acciones se vendieron a un precio distinto, que es el que en todo caso debía aplicarse al cálculo"; y que "[l]a Sala a quo [...] fija el resultado de la nulidad en un importe concreto, en el que no tiene en cuenta la venta de las acciones, manifestando incluso que *"lo relativo a las consecuencias del canje son operaciones de inversión diferentes, que aunque hayan tenido un resultado positivo, no afectan a la realidad de que los productos adquiridos por error le ocasionaron un perjuicio cierto cuando los canjeo"*. De manera que la Audiencia, considera que la compra del producto inicialmente contratado es nulo, sin embargo, el producto por el que lo canjea no. Y estimando la acción de nulidad, decide aplicar sólo una parte de las consecuencias de la misma, con restitución parcial de las prestaciones".

2. El recurrido dice, en primer lugar, que el motivo de casación debe ser inadmitido por carencia manifiesta de fundamento al plantear una cuestión nueva. En este sentido, alega que la recurrente en su recurso de apelación delimitó su pretensión exigiendo a la Audiencia que valorara los informes periciales obrantes en autos conminándola a la elección de uno de ellos con la exclusión del otro; que, en esa tesitura, la Audiencia, razonando su decisión, se decantó por el informe suscrito por el Sr. Romualdo ; y que, en consecuencia, "[a]quello que debía resolverse en liquidación de sentencia, a instancia de Banco de Sabadell, S.A., se convirtió en motivo de recurso, y desde el punto de vista de la pretensión, si (sic) existió una estimación, en la medida que la Audiencia se pronunció acerca de una cuestión interesada de adverso en su recurso, pero no en los términos establecidos en el informe pericial aportado por el Banco de Sabadell, S.A".

A continuación, en relación con el fondo del recurso de casación, alega que, a los efectos de liquidar las consecuencias de la nulidad, básicamente, se enfrentan dos métodos de valoración, que son los



respectivamente reflejados en el informe pericial del Sr. Prudencio y en el informe pericial del Sr. Romualdo ; y que la Audiencia se inclinó por el del Sr. Romualdo por dos motivos: porque la recurrente le exigió que se decantara por uno de los dos informes y porque de los dos, entre los que tenía que optar, consideró que el más acertado era ese, ya que fue en julio de 2012 cuando canjeó los productos y puso en valor el resultado de su inversión viciada por error, siendo libre, a partir de ese momento, para operar con las acciones de la forma que estimara más conveniente, pudiendo evolucionar el valor de los títulos, de manera positiva o negativa, pero ya con total independencia de las circunstancias existentes cuando adquirió los productos de la CAM.

3. La causa de inadmisión se rechaza por lo que se expone a continuación.

Es cierto, que uno de los reproches formulados por la recurrente en el recurso de apelación a la sentencia de primera instancia fue no haber explicado las razones "[p]or las que no se acoge a las pruebas periciales practicadas en orden a la fijación de la cuantía objeto de devolución entres (sic) las partes [...] siendo tan sencillo como confirmar que sean, las de uno de los informes periciales". Pero también lo es que lo que pretendía la recurrente era que ese "uno" de los informes al que se debía acoger la Audiencia fuera el del Sr. Prudencio y no el del Sr. Romualdo que fue por el que, finalmente, se inclinó aquella para fijar "la cuantía objeto de devolución". Lo deja claro, lo que inmediatamente a continuación de lo ya transcrito, añadía la recurrente: "[...] y teniendo en cuenta que en el careo practicado en el acto del juicio, el perito de la actora se avino a las conclusiones a las que había llegado el perito de esta parte, Don Prudencio ". Es decir, la recurrente reclamaba a la Audiencia que decidiese sobre la cuantía que debía ser objeto de devolución, sin diferir la cuestión a la fase de ejecución de sentencia, dado que contaba con dos informes periciales que ilustraban sobre el particular, pero teniendo en cuenta que la cuantía que había que confirmar era la del informe suscrito por su perito a cuyas conclusiones, en opinión de la propia recurrente, se había avenido, en el careo practicado en el juicio oral, el perito del recurrido.

Ahora, en el recurso de casación, y tras haber optado la Audiencia, lo que se está planteando es si su decisión, al estar basada en el informe del Sr. Romualdo , que la recurrente en ningún momento asumió, pese a que el razonamiento del recurrido parece dar a entender lo contrario, infringe el art. 1303 y la doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la nulidad en los contratos bancarios y el alcance de los efectos restitutorios con reposición de los contratantes al estado patrimonial anterior al contrato.

Por lo tanto, no hay cuestión nueva y tampoco, consecuentemente, causa de inadmisión.

4. Para la recurrente la decisión de la Audiencia infringe el art. 1303 CC y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta y aplica porque el informe pericial en el que está basada "[f]ija el resultado de la nulidad en un importe concreto, en el que no tiene en cuenta la venta de las acciones [...] De manera que la Audiencia, considera que la compra del producto inicialmente contratado es nulo, sin embargo, el producto por el que lo canjea no. Y estimando la acción de nulidad, decide aplicar sólo una parte de las consecuencias de la misma, con restitución parcial de las prestaciones".

En definitiva, para la recurrente, "la cuantía objeto de devolución entres (sic) las partes" no puede ser fijada, en concordancia con lo exigido por el art. 1303 y la jurisprudencia sobre él, sin tener en cuenta lo ocurrido después del canje, es decir, y como contemplaba el informe pericial del Sr. Prudencio , al que se debía haber acogido la Audiencia, los pagos diferidos consecuencia del canje, la venta de los derechos de suscripción preferente como titular de las acciones, los dividendos cobrados por las acciones y el precio obtenido por el recurrido cuando las vendió.

El planteamiento desconsidera que la acción de anulabilidad ejercitada en la demandada en relación con las operaciones de compra de deuda subordinada y de participaciones preferentes no tuvo también por objeto la orden de aceptación de oferta pública de venta y suscripción por la que se vendieron dichas participaciones y valores, y se suscribieron las acciones. De esa manera, lo que ha sido alcanzado por la declaración de nulidad son los contratos de deuda subordinada y de participaciones preferentes, pero no la operación de canje a la que no se extendió la acción.

Por lo tanto, a lo que obliga la reciprocidad propia del efecto restitutorio que impone el art. 1303 CC una vez declarada la nulidad es a devolver a cambio del capital invertido los títulos adquiridos y que fueron objeto del contrato, es decir, las participaciones preferentes y los valores de deuda subordinada.

Ahora bien, cuando se afirma en la demanda la acción de anulabilidad la devolución de dichas participaciones y de dichos valores ya no es posible al haber sido con anterioridad canjeados por acciones, lo que, como hemos dicho en otros casos distintos (sentencias 867/2021, de 15 de diciembre, 416/2020, de 9 de julio, 263/2020, de 8 de julio, 322/2019, de 5 de junio o 314/2019, de 3 de junio), pero que también vale aquí, no puede llevar a considerar que el recurrente quede privado de su acción, sino que, ante la imposibilidad de restitución



por "pérdida" de la cosa, el art. 1307 CC "[m]odula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones".

Pues bien, lo que el recurrido debe restituir conforme a lo establecido por el art. 1307 CC, son "los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha", es decir, los rendimientos de las preferentes y la deuda subordinada, el valor de las preferentes y la deuda subordinada cuando se "perdieron", es decir, cuando salieron del patrimonio del recurrido a consecuencia de la operación por la que se vendieron, al tiempo que se suscribían las acciones de la recurrida (la operación de canje), y los intereses desde la misma fecha.

La recurrente no discute que la decisión de la sentencia recurrida no se ajuste o adecue al patrón restitutorio anterior. Lo que le achaca, y por eso el recurso, es no dotarlo con el contenido que cree debido, pero que, por lo que decimos, no cabe considerar correcto. Lo sería si también se hubiera declarado la nulidad de la operación de canje. Pero eso en el presente caso es algo que no ha ocurrido.

En consecuencia, procede desestimar el motivo y, por lo tanto, el recurso de casación.

TERCERO. *Costas y depósitos??*

Al desestimarse el recurso de casación las costas de dicho recurso se imponen a la recurrente (arts. 398.1 y 394.1 LEC) que, además, pierde el depósito constituido para interponerlo (apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta 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- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Banco de Sabadell, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria el 3 de julio de 2018 (Rollo de Apelación 988/2017).?

2.º- Imponer a Banco de Sabadell, S.A. las costas de dicho recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.?

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.?

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.