



Roj: **SAP B 5508/2016 - ECLI:ES:APB:2016:5508**

Id Cendoj: **08019370042016100204**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **15/01/2016**

Nº de Recurso: **103/2015**

Nº de Resolución: **4/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **VICENTE CONCA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN CUARTA

ROLLO Nº 103/2015-P

Procedencia: Juicio Ordinario sobre nulidad de orden de compra de participaciones preferentes nº 1142/2013 del Juzgado Primera Instancia 54 Barcelona

SENTENCIA Nº4/2016

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as:

D. VICENTE CONCA PÉREZ

Dª. MARTA DOLORES DEL VALLE GARCÍA

D. SERGIO FERNÁNDEZ IGLESIAS

En la ciudad de Barcelona, a 15 de enero de 2016

VISTOS en grado de apelación, ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, los presentes autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de orden de compra de participaciones preferentes nº 1142/2013, seguidos ante el Juzgado Primera Instancia 54 Barcelona, a instancia de Dª. Teodora , contra CATALUNYA BANC, S.A. , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mencionados autos el día 10 de octubre de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

Estimando la demanda interpuesta por Doña Teodora , representada por el Procurador de los tribunales Don FRANCISCO LUCAS RUBIO ORTEGA y asistida por el Letrado Don ALBERTO FERNÁNDEZ BOIRA contra CATALUNYA BANC S.A y acuerdo lo siguiente:

1º Declarar la nulidad de las órdenes de compra de participaciones preferentes de los años 2001 y 2008 objeto de estos autos, y la nulidad parcial del contrato de cuenta de valores en cuanto a los actos referidos a las participaciones preferentes.

2º Condenar a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 15.496,13 euros más el interés legal en los términos del penúltimo párrafo del fundamento jurídico 10º de esta sentencia.

Se impone el pago de las costas a la parte demandada.



SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, del que se dio traslado a la contraria, que se opuso al mismo. Seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 12 de enero de 2016.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. VICENTE CONCA PÉREZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes, sentencia de primera instancia y recurso.

1.- La actora, D^a Teodora , ejercita acción frente a Catalunya Banc SA, pidiendo que se declare la nulidad por error vicio invalidante del consentimiento de las adquisiciones de participaciones preferentes que se detallan en la demanda, así como del contrato de administración y depósito de valores, y que se condene a la demandada a pagar la cantidad de 32.726,70 euros, correspondiente a la cantidad que resulta de la restitución recíproca de prestaciones a fecha 19.7.13 que es el momento en que efectivamente se recuperó el efectivo del Fondo de Garantía de Depósitos, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda.

Para el caso de que no se estime la concurrencia de la causa de nulidad, se solicita la resolución de dichos contratos al amparo del artículo 1124 CC con los efectos que se concretan en la demanda.

Y para el caso de que no se considerara que concurre el supuesto del artículo 1124 CC , que se declare el incumplimiento de la demandada ex artículo 1101 CC .

2.- La actora es una persona que al tiempo de la demanda tenía 70 años, no ha desempeñado más actividad que la de ama de casa y sus estudios fueron los básicos de la época en que nació.

Sus ingresos se limitan a una pensión de viudedad de 352 euros, por lo que para vivir depende de los ahorros generados en vida de su marido, fallecido.

Dice que desde siempre han mantenido relación con la entidad demandada (antes Caixa de Catalunya) y que su marido tenía gran confianza en el empleado de la misma llamado Constantino , hasta el punto de que le decía que si a él le pasaba algo, no dudara en acudir a él, que le aconsejaría bien.

Por eso, en 2001, y aconsejada por el tal Constantino , adquirió 30.000 euros en participaciones preferentes de Caixa Catalunya, ampliando la inversión en otros 6.000 euros en 2008 por consejo de la empleada llamada Ascension .

Concluye afirmando que desconocía totalmente las características del producto, que siempre pensó que estaba suscribiendo un plazo fijo y que ni podía imaginarse que el capital invertido podía quedar en riesgo de pérdida.

La historia a partir de ahí ya es conocida. Se impuso por el FROB el canje obligatorio de participaciones por acciones de la nueva entidad, Catalunya Banc SA y vendió dichas participaciones al Fondo de Garantía de Depósitos por 11.983,84 euros.

Se alega por la actora como elemento esencial de su pretensión principal la falta de información sobre las características del producto financiero ofertado por la demandada y la incidencia directa de esa falta de información, que ella no podía alcanzar por ningún otro lado, en su error esencial.

3.- El demandado se opone a la pretensión de la actora en los términos que se recogen en la sentencia apelada, y ésta estima la pretensión principal de la demanda, declara la nulidad de las órdenes de compra de participaciones preferentes de los años 2001 y 2008 y la nulidad parcial del contrato de cuenta de valores cuanto a los actos referidos a las participaciones preferentes, y condena a la demandada a pagar la cantidad de 15.496,13 euros más el interés legal sobre el importe de cada suscripción desde la fecha respectiva de ejecución de cada una de las órdenes de compra y cargo en la cuenta de la actora.

El principal que devengará interés irá disminuyendo proporcionalmente con el tiempo a medida que se produce el cobro de los rendimientos.

Finalmente, impone las costas del proceso a la demandada.

4.- La demandada recurre la sentencia y plantea las siguientes cuestiones:

a) una participación preferente es un título valor;



- b) el contrato que eventualmente se vería afectado por la nulidad es el de compraventa de dichos valores.
- c) la consumación del contrato y el plazo de caducidad.
- d) acreditación del vicio de consentimiento.

En los siguientes Fundamentos se examinan los diversos motivos invocados por el apelante.

SEGUNDO.- Decisión del tribunal (I): naturaleza de la obligación subordinada.

1.- Dice el apelante que la participación preferente es un título valor para añadir que el tribunal no puede cuestionar la emisión y validez de dichos títulos.

Sorprende al tribunal que a estas alturas y con la infinidad de procesos que se han producido sobre esta materia y otras similares (venta de obligaciones subordinadas, particularmente) el apelante siga insistiendo en esa cuestión. Es que basta leer la página dos de la demanda para ver que la propia actora no cuestiona la validez de dichos títulos, sino la forma en que los mismos se han comercializado.

Por lo tanto, nada tenemos que decir sobre la naturaleza y validez de dichas participaciones.

2.- A continuación el apelante atribuye a la sentencia una confusión inexistente al entender que mezcla el negocio jurídico celebrado con el objeto del negocio. Dice que la eventual nulidad recaería sobre el contrato de adquisición de las participaciones, y pretende desligar el devenir ulterior de ese contrato de compra de títulos del momento inicial de perfección de la compra.

Inexplicablemente, insiste el apelante en decir que se pide la nulidad del título valor cuando lo único que se pide es la nulidad del contrato de adquisición al estar viciado por un error esencial e insalvable.

Lo que no explica el apelante es qué efectos atribuye a la nulidad de ese contrato de compraventa y la influencia que la misma tiene en el devenir de los efectos de la misma.

Y como no lo explica (en realidad creemos que no tiene explicación) hemos de seguir manteniendo que ejercitada y estimada la acción de nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes, conforme al artículo 1303 CC las partes deben restituirse lo que ha sido objeto del contrato (precisamente las participaciones a las que el apelante parece dotar de vida propia y autónoma respecto del contrato de adquisición).

TERCERO.- Decisión del tribunal (II): Caducidad de la acción para instar la nulidad.

1.- A continuación el apelante se extiende en el examen de la cuestión de la caducidad de la acción.

Al respecto, como ya hemos puesto de relieve en numerosas resoluciones, debemos traer a colación la STS de 12.1.15, que tras repasar la doctrina jurisprudencial sobre la materia, concluye afirmando: "5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.



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

2.- La claridad de la anterior sentencia excusa al tribunal de efectuar mayores razonamientos sobre el tema.

CUARTO.- Decisión del tribunal (III): la acreditación de la falta de información y la carga de la prueba del vicio del consentimiento.

1.- La propia apelante admite en su recurso que recae sobre ella la carga de probar que ha facilitado la información a que vienen obligada. Nada que objetar sobre tal afirmación, pues así resulta, efectivamente, del artículo 217 Lec .

2.- Pretende, sin embargo, el apelante que es una prueba diabólica para él acreditar que facilitó una concreta información hace más de 10 años atrás.

Ante esta afirmación el tribunal no puede sino preguntarse si no sería más diabólico el esfuerzo que supondría para la actora acreditar que hace esos mismos años NO se le facilitó esa información. Parece que sí.

Por lo tanto, mejor dejar las consecuencias del artículo 217 Lec en la forma que el propio apelante admite, y partir de que es él el que debía acreditar que se facilitó la información. Aún admitiendo la dificultad de acreditar hechos remotos temporalmente.

De hecho, los empleados de la Caixa que deponen como testigos, D. Constantino y D^a Ascension , si bien no recuerdan haber intervenido en la comercialización del producto concreto (nada extraño, precisamente por el tiempo transcurrido y los numerosos casos en que intervinieron) sí que aseguran que este producto financiero se comercializaba como un producto de perfil conservador y garantizado, equivalente a un depósito a plazo y de rápida disponibilidad. Admiten que nada se decía sobre su carácter perpetuo (en realidad, como había demanda interna, no afectaba a la disponibilidad) y mucho menos sobre el riesgo de perder el capital invertido.

Por esto, la falta de prueba documental sobre la información facilitada resulta irrelevante ante la evidencia de que los encargados de facilitarla no tenían claras las características de este producto.

De hecho, como hemos dicho en otras ocasiones, probablemente la realidad no era que los empleados concretos que comercializaron las participaciones preferentes engañaran a los clientes (frecuentemente personas de cierta edad, con escasos conocimientos financieros, y con pequeños ahorros), sino que desconocían ellos mismos los riesgos que las mismas implicaban.

Pero, como también ocurre con cierta frecuencia, la recurrente omite toda referencia a la prueba concreta practicada en este proceso específico.

3.- En cuanto a la compra de 2001 dice el apelante que no estaba vigente la Directiva Mifid, incorporada a la LMV. No vamos a repetir aquí, por estéril, cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad financiera en la comercialización de estos productos porque el juez ya lo hace en forma exhaustiva. Si el apelante cree que, como le imponía el artículo 79 de la LMV en su redacción anterior a la reforma de 2007, actuó dando prioridad al interés del cliente cuando omitió la información detallada sobre los elementos más importantes sobre riesgos de la operación, entonces comprendemos su alegación.

Pero cuando ni sus propios empleados eran conscientes de los riesgos (remotos en aquellos momentos, pero reales, como se ha demostrado después) que el producto comportaba (recordemos que en la orden de compra de 2008 se califica el producto de CONSERVADOR e 'indicado para inversores que quieren asumir pocos riesgos o con un plazo de inversión muy corto'), no entendemos cómo el apelante puede decir que cumplió con las obligaciones de información que en cada momento le fue imponiendo la LMV y normativa complementaria.

Cuando se realiza el test de conveniencia a la actora queda reflejado que el único riesgo que está dispuesta a asumir es el de rentabilidad, es decir, que la remuneración de su inversión sea más o menos elevada, pero en ningún momento riesgo alguno sobre el capital.

Por todo ello, hemos de concluir con el juez de la primera instancia, que la información facilitada por la entidad nunca cubrió los parámetros mínimos exigidos por la ley.



4.- A continuación se expone el alegato sobre la inexistencia de contrato de asesoramiento financiero. No es ésta la cuestión. Las obligaciones que incumplió el demandado no derivaban de un contrato de ese tipo sino directamente de la obligación de información a la que antes hemos aludido.

Esa información fue insuficiente y viciada. La entidad ocultó (con o sin mala fe) las características del producto al cliente y se lo vendió como algo seguro, líquido y de alta rentabilidad.

Y el cliente, lego en la materia, no pudo así decidir con plenitud de conocimiento, estando su voluntad viciada desde el primer momento.

QUINTO.- Decisión del tribunal (IV): la confirmación del contrato por actos posteriores del actor.

1.- En cuanto a la confirmación de la eventual nulidad por parte de los actores, hemos de remitirnos igualmente a la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12.1.15 cuando dice que *"La alegación de confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable.*

La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración."

El canje obligado de las obligaciones por acciones y la venta ulterior de las mismas con fuerte pérdida de su valor, no pueden considerarse actos concluyentes en este sentido. La voluntad de la parte, en un caso fue inexistente, y en el otro estuvo fuertemente violentada por la expectativa de no recuperación del capital invertido. En ningún caso podemos entender comprendidos esos supuestos actos confirmatorios en el artículo 1311 CC (La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.)

2.- Al respecto, decíamos en la resolución dictada en el rollo 140/14:

"En relación con la primera de las cuestiones planteadas, que merece tratamiento autónomo, dice Catalunya Banc SA, que es contradictorio pedir la nulidad de un contrato respecto del que se ha realizado una operación de venta ulterior, pues ésta confirma aquél. El FROB acordó el 7 de junio de 2013 la conversión de las participaciones preferentes y obligaciones de deuda subordinada de Caixa Catalunya en acciones de Catalunya Bank SA.

El 12 de julio de 2013 la actora decidió vender las acciones que recibió a cambio de aquellos títulos al Fondo de Garantía de Depósitos, por lo que en la actualidad ya no es titular ni aquellas participaciones y obligaciones, ni de las acciones en que se convirtieron por decisión del FROB.

Si la actora, dice la apelante, ya no tiene en su poder aquellos títulos, ¿qué es lo que piensa devolver una vez declarada la nulidad?

La juez da cumplida respuesta a esa pregunta y a otras en el fundamento tercero de la sentencia; respuesta que, por cierto, no merece la crítica del apelante, que obvia la respuesta de la juez.

Dice ésta que como consecuencia de las situaciones creadas por la crisis del sector bancario, el RD Ley 6/13 permitió que el Fondo de Garantía de Depósitos pudiera adquirir acciones ordinarias no admitidas a negociación en un mercado regulado, entre las que se encuentran las de Catalunya Banc SA.

En ese contexto se produjo la venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos. Pero la juez entiende que las normas, conforme al artículo 3 CC han de ser interpretadas en su contexto y atendida la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Y en base a esta interpretación entiende que la consecuencia de la venta producida al amparo de aquella norma no puede ser la sanación del contrato inicial ni la extinción de la acción de nulidad, pues aunque los títulos ya no obren en poder de la actora, si se llega a la declaración de nulidad, la restitución de los títulos se ve sustituida por la reducción del precio en la cantidad percibida por la venta de los mismos.

En cuanto a la sanación de la nulidad, dice la juez que la misma es inadmisibles desde el momento en que la conversión de participaciones y obligaciones en acciones fue obligatoria, y el precio, tanto de la conversión en acciones como de éstas al ser adquiridas por el Fondo de Garantía de Depósitos, fue fijado unilateralmente por las administraciones intervinientes, sin posibilidad por parte de los afectados más que de aceptarlo o no.

Por lo tanto, dice la juez, falta el elemento de libertad imprescindible para aplicar el artículo 1309 CC, lo que conduce a que el acto aparentemente libre y dogmáticamente sanador de la nulidad inicial, esté a su vez viciado también por la presencia de una situación angustiosa y límite, en la que la alternativa para el ahorrador era o



tomar el precio minusvalorado que por sus acciones le ofrecía el Fondo de Garantía, o quedarse con unos títulos cuyo valor de mercado era 0 euros, al no existir demanda de los mismos.

Respecto de la teoría de los actos propios, también invocada por la recurrente y que tiene su reflejo normativo en el artículo 111.8 CCC, las anteriores consideraciones son perfectamente extrapolables desde el momento en que el 'acto propio' está viciado en cuanto a la voluntad emitida."

3.- En fin, pide el recurrente que no se devenguen intereses. El juez ya razona perfectamente que los mismos vienen impuestos por el artículo 1303 CC .

Se imponen las costas de la apelación al recurrente al ser desestimado su recurso (artículo 398 Lec).

Vistos los preceptos aplicables,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de **CATALUNYA BANC SA** frente a la sentencia dictada en el juicio ordinario nº 1142/13 seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de Barcelona, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha sentencia, con imposición al apelante de las costas de este recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, siempre que se observen los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos.

Notifíquese, y firme que sea devuélvanse los autos al Juzgado de origen con testimonio de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento, y archívese la original.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.