



**AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE BARCELONA**

**SECCIÓN CATORCE  
ROLLO 142/2016**

**Procedimiento ordinario 266/2014  
Juzgado de Primera Instancia nº 32 Barcelona**

**S E N T E N C I A Nº 692/2017**

**ILMOS. SRES./AS.  
PRESIDENTE  
AGUSTÍN VIGO MORANCHO  
MAGISTRADOS  
MONTSERRAT SAL SAL  
JUAN LEÓN LEÓN REINA**

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario 266/2014, seguidos por el Juzgado 1ª instancia 32 Barcelona, a instancias de xxxxx 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 mismos el día 28 de octubre de 2015 por el/la Juez del expresado Juzgado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales xxxxx dirigida contra Catalunya Banc, S.A representada por el Procurador de los Tribunales, D. xxxxx, por lo que declaro la nulidad de los contratos de compra de deuda subordinada y de participaciones preferentes, suscritos, respectivamente, en fecha 13 de noviembre de 2008 y 7 de agosto de 2006 en cuanto a xxxxxx, así como los suscritos por D. xxxxxxx el 29 de mayo de 2009, 14 de noviembre de 2008 y 23 de marzo de





2006, acordando la recíproca restitución de prestaciones en los términos expresados en el anterior fundamento de derecho cuarto. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2017.

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

VISTO siendo Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a de refuerzo D. JUAN LEÓN LEÓN REINA de esta Sección Catorce.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación interpuesto por la demandada, CATALUNYA BANC, se funda en los siguientes motivos: en primer lugar, la vulneración de la doctrina de los actos propios pues la actora, tras el canje obligatorio de los títulos, vendió voluntariamente la acciones al FGD, lo que implicaría, o una confirmación del contrato, o una pérdida culposa de la cosa pero, en todo caso, la extinción de la acción de nulidad; y en segundo lugar, la no acreditación del vicio del consentimiento, siendo ésta una carga de la actora.

Por su parte, la demandante, impugna el recurso interpuesto de contrario oponiéndose a los argumentos esgrimidos por la demandada y solicita la confirmación de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.-** Fijados los términos del debate, en relación al primero de los motivos esgrimidos por la apelante; esto es, la vulneración de la doctrina de los actos propios por la demandante que, tras el canje obligatorio de los títulos, vendió voluntariamente la acciones al FGD; entiende la demandada que dicho contrato es válido por cuanto fue una decisión voluntaria de la parte demandante que prestó un consentimiento válido y que comprendió en todo momento la operación que realizaba y sus consecuencias, habiendo recibido información completa sobre las características y consecuencias de la operación y señalando que el canje fue impuesto por el FROB.

En lo que concierne a la conversión de las obligaciones de deuda subordinada y participaciones preferentes en acciones por resolución del FROB, cabe recordar la conclusión sexta de las Jornadas de las Audiencias Provinciales de Galicia que indica: *“El mencionado canje no supone acto propio, confirmación o renuncia de los derechos de ningún tipo que puedan asistir al adquirente de los citados productos financieros”*.

En los mismos términos, recordar lo dispuesto por la sentencia 614/2016, de 7 de octubre, de la Secc. 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ROJ: STS 4294/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4294), a cuyo tenor, *“Tampoco cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de las obligaciones subordinadas por acciones..., puesto que el error ya se había producido y los clientes, ante el riesgo cierto que suponía que la entidad emisora no tenía la*





*solvencia que manifestaba, aceptaron dicho canje a fin de intentar incurrir en las menores pérdidas posibles". Por tanto, no podría sostenerse que el canje en acciones por el FROB suponga óbice alguno al éxito de la pretensión de nulidad de la parte.*

Y lo mismo debe concluirse en relación a la venta (voluntaria) de dichas acciones al FGD, que tampoco reuniría los requisitos jurisprudencialmente establecidos para la confirmación de los contratos viciados de nulidad (relativa).

En este sentido, puede traerse a colación lo dispuesto por la Secc. 13ª de esta Audiencia Provincial en sus sentencias 172/2016, de 20 de abril (recurso 233/2015) y 174/2016, de 20 de abril (recurso nº 362/2015). Concretamente, la última de las citadas establece:

*"La... STS del Pleno de 12 de enero de 2015 define la confirmación del contrato anulable como 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.*

*Según el artículo 1311 CC, se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. El término "necesariamente" alude a los actos inequívocos o concluyentes con eficacia jurídica que constituyen la base de la doctrina de los actos propios, basada en el principio de buena fe que consagra el artículo 7.1 CC. Su aplicación "debe ser muy segura y ciertamente cautelosa", dice la STS de 1 de julio de 2011 y exige la concurrencia de los siguientes requisitos, puestos de relieve en la STS de 26 de abril de 2015 : i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto.*

*Por su parte, la STS de 6 de febrero de 2015, con cita de otras muchas, recuerda que la aplicación de la doctrina de los actos propios exige la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, siendo insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca.*

*A la luz de la jurisprudencia expuesta carecen de la virtualidad pretendida los hechos que se invocan en el recurso como indicativos de la confirmación contractual, y así, en orden a la venta de las acciones, no cabe sino reproducir el razonamiento de la STS del Pleno de 12 de enero de 2015 : "no puede pedirse una actitud heroica a la demandante pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas".*

*En este mismo sentido, como sigue diciendo la indicada resolución de la Sección Primera de esta Audiencia "la venta al FGD de las acciones recibidas en canje por las obligaciones de deuda subordinada de las que era titular aprovechando la ventana de liquidez que dicha organismo ofrecía, pese a que la actora ya tenía que ser consciente del*





*error sufrido en su contratación, no necesariamente significa que renunciara a la acción de anulabilidad que pudiera corresponderle. Repárese que el art. 1.311 Cci habla de actos que 'necesariamente' supongan una voluntad de 'renunciar' y si dicho artículo se pone en relación con el art. 6.2 Cci, que exige que la renuncia de los derechos sea precisa, clara y terminante, resulta que toda renuncia 'tácita' debe ser siempre apreciada con cautela y prestando especial atención a las circunstancias del caso concreto para deducir cuando una determinada actuación puede considerarse purificadora de un determinado vicio contractual, pues el mero conocimiento de la causa de nulidad no implica aceptación. Y en el caso de autos la venta de una acciones, que no tenían liquidez alguna al no cotizar en ningún mercado oficial, y que además tenía que realizarse en el corto plazo al efecto habilitado, entendemos que responde más a una idea de minimizar pérdidas, de proporcionar liquidez a los inversores 'atrapados' en aquel producto de inversión, que no a la de purificar o sanar el contrato celebrado (en igual sentido se pronuncia la Secc. 16º de esta Audiencia, en su sentencia de 29 de mayo de 2015 , al considerar que dicha venta se explicaba como una 'respuesta forzada al callejón sin salida en que se vieron inmersos los inversores'.*

*Y en cuanto a que la parte demandante ya no podrá restituir los títulos en su día adquiridos por haberlos vendido precisamente al FGD, baste señalar que en tales casos debe estarse a lo dispuesto en el art. 1.307 Cci que ya previene que si el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha, precepto que correctamente interpretado se traduce en tener que reintegrar la entidad demandada a la parte actora la total cantidad invertida, con más los intereses legales desde la fecha de las respectivas órdenes de compra, y la demandante entregar el precio obtenido por la venta de las acciones en las que se habían convertido las participaciones precedentes con también sus intereses legales, así como la totalidad de los importes percibidos en concepto de rendimiento o retribución durante el periodo de vigencia de las propias obligaciones subordinadas con igualmente los intereses legales desde la fecha de su cobro o percepción"*

*Por tanto, no cabe hablar de venta voluntaria, respecto del Fondo de Garantía de Depósitos, pues lo que habrá de devolver el demandante no son las acciones que ya enajenó y que, obviamente, no están dentro de su ámbito dispositivo, sino la cantidad que percibió por aquella venta, que hubo de llevarse a cabo para tratar de evitar un perjuicio superior, incluso, al que se padecía, cantidad que la sentencia apelada dedujo de lo que debe entregar la demandada".*

Partiendo de la doctrina expuesta, no puede considerarse acreditado que la parte actora, al realizar la venta de los títulos actuase con voluntad de confirmar el contrato inicialmente celebrado (renunciando a la acción de nulidad que ahora ejercita), sino más bien que, sin que pudiese "*pedirse una actitud heroica*" a la misma, intentó "*minimizar la pérdida o evitar la pérdida completa de la inversión, aceptando el mal menor que*" supuso su venta a un precio muy inferior al desembolsado para adquirirlas, "*máxime cuando, expresamente, no se renuncia al ejercicio de acciones*". Por tanto, este motivo de apelación debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Para la resolución del siguiente motivo de recurso (la no acreditación del vicio del consentimiento por la actora) se hace necesario analizar si la demandada cumplió con los deberes de información que pesaban sobre ella, legal y





contractualmente, en relación al producto que ofreció a la parte actora.

En este sentido, ya hemos recordado en esta Sección (sentencia 95/2017, de 16 de febrero) como *“El Tribunal Supremo viene destacando que la normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes ( STS de 13/11/2015 ) y que esta obligación de información es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante» ( STS del 17 de noviembre de 2015 y las que en ella se citan)*”. Todo ello para concluir (sentencia 344/2016, de 19 de octubre) que *“No es suficiente, por tanto, pretender que con la simple firma de la orden de compra y entrega de un folleto inclusive con los test de conveniencia e idoneidad, rellenándose un simple folleto-tipo, para todos los clientes, informativo se ha cumplido con el deber de lealtad, buena fe, e información suficiente”*, máxime cuando el cliente es, como en el caso que nos ocupa, una señor de edad avanzada y sin formación financiera alguna.

Partiendo de lo expuesto, al margen de la prueba documental; la declaración testifical de los empleados de la oficina de la entidad (quien intervino parte de los contratos como representante del banco y, por tanto, sobre quien pesaban los deberes de información que la ley impone a la entidad financiera) no ha dejado dudas de la total omisión de tales deberes. Efectivamente, el testigo ha declarado; primero, que los actores eran clientes habituales de la entidad, de corte conservador; segundo, que se les comentaba a los clientes que era un producto de la propia entidad, seguro y garantizado por la misma; y tercero, que no informó a la demandante de que se trataba de un producto de riesgo, ni de que existía la posibilidad de no recuperar el dinero que ingresaban (afirma que en ese momento era impensable que el mercado secundario fuese a evolucionar como lo hizo y que, por tanto, no se sentía la necesidad de ilustrarles sobre un escenario en el que no hubiese demanda para la compra de los títulos que vendía a sus clientes), sino que, al contrario, se informaba a los clientes de que, realizada la orden de venta, habrían de esperar un pequeño periodo para recurrar su imposición (se hablaba de “plazo” - seguridad - para recuperar la inversión, nunca de una “conditio” - probabilidad - para ello).

Con base en todo lo anterior, procede llegar a la conclusión apuntada por el juzgador de instancia, consistente en que la demandada incumplió con los especiales deberes de información que la normativa vigente a la fecha de los contratos exigía proporcionar a los clientes de este tipo de productos de inversión. Por tanto, debe concluirse concurrente el error de consentimiento como causa de nulidad del contrato, que puede presumirse (*iuris tantum*) en estos casos.

En este sentido, cabe citar la sentencia 67/2017, de 2 de febrero, de la Secc. 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ( ROJ: STS 356/2017 - ECLI:ES:TS:2017:356 ), a cuyo tenor, *“Lo que en el caso concreto de la comercialización de participaciones preferentes se ha mantenido en las sentencias de esta Sala 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; 489/2015, de 16 de septiembre; 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 605/2016, de 6 de octubre; 625/2016, de 24 de*





octubre; 677/2016, de 16 de noviembre; y 734/2016, de 20 de diciembre.

2.- Según tales resoluciones, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza”.

Efectivamente, la demanda fue correctamente estimada por cuanto concurren los requisitos para que el error invalide el consentimiento prestado: en primer lugar, es esencial en cuanto afecta a la obligación principal del contrato, al cálculo de su importe y al alto riesgo del mismo; en segundo lugar, es sustancial en cuanto afecta a un elemento nuclear del contrato (la documentación examinada no permitía conocer a la demandante las notas de rentabilidad condicionada a los resultados económicos de la entidad emisora, liquidez sometida a las fluctuaciones del mercado interno en el que se podían comercializar, y la consiguiente seguridad del capital invertido, que anteriormente se han reseñado como esenciales del producto adquirido. Especialmente no podía la parte actora conocer las características fundamentales de los productos que estaba adquiriendo a la vista de la información que recibió si se toman en consideración sus circunstancias personales, al tratarse de un cliente sin formación ni conocimientos económicos o financieros, lo que exigía un mayor esfuerzo por la entidad bancaria en cuanto a la prestación de información suficiente y adecuada a la capacidad de la actora para conocer las características del producto que iba a contratar, para así entender cumplidos los ineludibles deberes de diligencia y transparencia en la gestión de los intereses de sus clientes, impuestos por la normativa aplicable).

Y en tercer lugar, es excusable en tanto que la actora contrató movida por las manifestaciones del personal de la entidad bancaria en el que tenían plena confianza al trabajar con la misma oficina desde hace años, cuyos conocimientos precisamente por su profesión se han de estimar superiores a los de la demandante.

Tratándose además de un producto complejo y siendo los actores clientes con la condición de simples ahorradores, precisan un plus respecto a la información y dado que la información completa sobre el producto sólo la tenía la entidad bancaria que no la proporcionó a los actores, procede decretar la nulidad de los contratos objeto del presente proceso.





En este sentido, cabe citar la sentencia 614/2016, de 7 de octubre, de la Secc. 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ROJ: STS 4294/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4294), a cuyo tenor, *“El incumplimiento por la entidad del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias antes mencionadas, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».*

*Quando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente y con la necesaria antelación a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada ( art. 19 de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004), la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable”.*

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la íntegra desestimación del recurso interpuesto por CATALUNYA BANC implica la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **CATALUNYA BANC, S.A.** contra la Sentencia dictada en fecha 28 de octubre de 2015 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 32 de Barcelona, en los autos de los que el presente rollo dimana, y, en consecuencia, CONFIRMAMOS íntegramente la misma. Todo ello con expresa imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, mediante escrito presentado ante este tribunal dentro del plazo de veinte días siguientes a su notificación. Una vez se haya





notificado esta sentencia, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Codi Segur de Verificació: E4YMLDJS6CGU1BZQBQWUJ7CWT3FNV5B

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IA/P/consultaCSV.html>

Signat per León Reina, Juan León; Vigo Morancho, Agustín; Sal Sal, Montserrat;

Data i hora 23/01/2018 11:54

