

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA  
SECCIÓN CUARTA

Rollo núm. 589/2015

Procedimiento Ordinario núm. 242/2014  
Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona

SENTENCIA núm. 189/2016

Ilustrísimos Señores Magistrados:  
D. VICENTE CONCA PÉREZ  
D. JORDI LLUÍS FORGAS I FOLCH  
D<sup>a</sup> MIREIA RIOS ENRICH

En la ciudad de Barcelona, a cinco de abril de dos mil dieciséis.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de Procedimiento Ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona a demanda de

contra CATALUNYA BANC SA pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la sentencia que dictó el dicho Juzgado el día diecisiete de abril de dos mil quince.

Han comparecido en esta alzada la parte apelante CATALUNYA BANC SA representada respectivamente por el procurador de los tribunales y defendida por el letrado así como la parte actora en calidad de parte apelada representada por la procuradora de los tribunales Sra. Beatriz de Miquel Balmes y asistida del letrado Sr. Jordi Julià Manresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: <<FALLO: Que con estimación íntegra de la demanda interpuesta por

contra CATALUNYA BANC SA debo declarar y declaro la nulidad de la orden de compra a la que se refiere la demanda de fecha de 3 de diciembre de 2003 debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas de ésta en los términos del fundamento jurídico quinto de esta resolución. Se imponen las costas a la parte demandada>>

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la referida parte demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito

impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día cinco de abril pasado.

Actúa como ponente el Magistrado Sr. D. Jordi-Lluís Forgas i Folch.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- En la demanda que contra  
CATALUNYA BANC SA formularon contra CATALUNYA BANC SA señalaron que, a raíz de la confianza depositada en los empleados de la entidad demandada y por recomendación de uno de éstos en sus funciones de asesoramiento, el día 3 de diciembre de 2003 adquirieron de la demandada obligaciones subordinadas por un total de 108.000 euros. En la súplica de esa demanda la parte actora pidió la nulidad de dichos contratos de adquisición al concurrir error esencial en la prestación de su consentimiento al haber incumplido la demanda sus obligaciones de información respecto a la naturaleza del producto financiero adquirido, así como sus efectos y riesgos inherentes. Tras el canje obligatorio del de los títulos por acciones y su venta posterior se recuperó parte del capital invertido y postularon la condena de la demandada al pago de 24.214,62 de principal más intereses correspondientes desde la compra [que, liquidados a 27 de febrero de 2014, arrojaban la cifra de 44.240,05 euros] euros con detracción todo ello de los rendimientos obtenidos (34.946,38 euros).

2.1.- La sentencia de la primera instancia estimó esa pretensión y, frente a ella, recurre en apelación la parte demandada. Los motivos sobre los que ésta sustenta su recurso de apelación son los siguientes: (i) ausencia de asesoramiento financiero por parte de la demandada; (ii) una obligación de deuda subordinada es un título valor; (iii) que la venta al FGD extingue la acción de nulidad, esto es, supone la confirmación del contrato; (iv) infracción de la carga de la prueba; (v) la improcedencia de la condena al pago de intereses desde el momento del otorgamiento de la orden de compra así como por último, (vi) impugna el pronunciamiento sobre la condena en costas de la primera instancia.

2.2.- Con independencia de que la deuda subordinada sea considerada un título valor, lo que en modo alguno incide en la prosperabilidad o no de la acción de nulidad ejercitada, debe remarcarse la inexistencia de confirmación del contrato. La STS de 12 de enero de 2015 al respecto señaló 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. Los hechos en que Banco Santander sustenta la alegación de confirmación del contrato son inadecuados para sustentar tal afirmación. La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error. La petición de rescate de la póliza no es tampoco significativa de la voluntad de la demandante de*

*extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada. La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error vicio en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto de la renuncia a la acción de anulación del contrato>>. La claridad desea doctrina jurisprudencial releva de más consideraciones acerca de la alegación de la apelante al respecto ya tanto la Resolución del FROB como la aceptación del rescate ofrecido por el FGD no determinan en modo alguno ni dejan aflorar la voluntad de los clientes afectados de renunciar a su derecho con ello.*

3.1.- Asimismo se debe recordar que:

(i) La deuda subordinada se configura como valor de renta fija con rendimiento explícito, donde el cobro de los intereses estará condicionado a la existencia de un determinado nivel de beneficios. En caso de que la entidad que las emita sea liquidada en concurso de acreedores, en el régimen de la prelación de créditos, la deuda se coloca por detrás de los acreedores ordinarios, por lo que el reembolso de estos bonos subordinados se realiza cuando ya se han satisfecho las deudas ordinarias. Aunque no tiene la deuda subordinada, como las participaciones preferentes, el carácter de "valores atípicos de carácter perpetuo" que señala la STS de 8 de septiembre de 2014, se trata igualmente de "productos financieros complejos" en contraposición a los "no complejos". Las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes se consideran híbridos de renta fija y variable porque puede no cobrar el cupón si se cumplen dos condiciones: (i) que el emisor no haya obtenido beneficios y (ii) que además no se haya pagado dividendo a los accionistas. Existe también otra diferencia entre un producto y otro y es el que en las participaciones preferentes el cupón se pierde, mientras que en las obligaciones subordinadas sólo se difiere, y el cupón se cobrará cuando el emisor vuelva a tener beneficios. Por otro lado, ambos aparecen configurados en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 24/2012, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito y en la Ley del Mercado de Valores. Aquel carácter complejo se deduce también de la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificaron las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis.

(ii) Diversamente a lo alegado CATALUNYA BANC SA sí prestó un auténtico servicio de asesoramiento en materia de inversión, según los criterios que prevé el artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de tal tipo de servicios contenida en el artículo 4.4 de la Directiva MiFID. La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL (C-604/2011), calificó como asesoramiento en materia de inversión toda recomendación de suscribir (en aquel caso, un swap) realizada por la entidad financiera <<que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público>> (en el mismo sentido, las SSTS de 7 y 8 de julio de 2014).

(iii) Como señaló la STS de 9 de septiembre de 2014 <<Aparte de la obligada sujeción a las reglas comunes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y, en su caso, a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para su comercialización, debe observarse, pues, no únicamente la normativa bancaria sino también y, en concreto en materia de información, la Ley del Mercado de Valores y las disposiciones que la desarrollan>>.

3.2.- Cuando se concertaron mayormente la operación aquí discutida (aunque sí cuando se contrataron las obligaciones subordinadas) no se habían promulgado la Ley 47/2007, diciembre, que modificó la LMV y traspuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, (la denominada normativa MiFID) relativa a los mercados de instrumentos financieros, ni el Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. Sin embargo, ya el art. 4 RD 629/1993, de 3 de mayo, prescribía que las órdenes de los clientes sobre valores

sean claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conozcan con exactitud sus efectos. En nuestro caso, se discute si existió algún defecto de información que viciara el consentimiento prestado por las adquirentes.

La STS de 20 de enero de 2014 señala que los deberes legales de información referidos *<<responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar>>*.

3.3.- Se debe recordar también que la parte demandante no transmitió voluntariamente los títulos ya que, de sobras es sabido, aquélla (y otros muchísimos clientes de la entidad) se vio compelida a ello ante la deficiente gestión por parte de la demandada. No tratándose de una venta o transmisión de las obligaciones de carácter voluntario, la alegación de la recurrente de confirmación del contrato debe desestimarse como también lo debe ser la alegación de la apelante de que la transmisión de las participaciones significa la plena confirmación del acto cuya nulidad se postula pues como señala la STS de 12 de enero de 2015 en supuesto análogo, la confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1.311 del CC 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. Ni el percibo de los réditos por parte de los actores ni la transmisión al FGD por la resolución del FROB de 7 de junio de 2013 expresan una firme voluntad de convalidar el contrato en los términos en los que se expresa el Código Civil. Tampoco puede entenderse la extinción de la acción conforme al art. 1314 del CC como alega la parte apelante pues no consta en modo alguno que la pérdida de la cosa fuera por culpa o dolo de los actores.

4.1.- Por lo que hace a otras alegaciones que fundamentan el recurso, la sentencia del Pleno del TS de 20 de enero de 2014, aclara que lo que, en realidad, vicia el consentimiento no es, propiamente, el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar sino la falta de conocimiento por el cliente (como aquí, minorista) del producto contratado y de sus riesgos (en el caso analizado, también un producto financiero complejo), y concluyó que cabrá presumir el error (esencial y excusable) ante la omisión de la imprescindible información previa.

Doctrina reiterada en la STS de 8 de julio de 2014, según la cual *<<el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa 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>>*.

Y añade dicha STS que la complejidad de este tipo de productos justifica la especial protección conferida al inversor minorista -como, indiscutidamente, es el caso- en su asimétrica relación con el proveedor de los servicios; necesidad de protección que se acentúa porque, al comercializarlos, las entidades financieras *"prestán al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros"*, en la medida en que,

auxiliándole en la interpretación de dicha información, le ayudan a tomar la decisión de contratar (en el mismo sentido, SSTs de 8 de julio y 8 de septiembre de 2014).

4.2.- En el caso se facilitó como veremos una información inoportuna, inexacta, incompleta o poco clara y sin la antelación suficiente, lo que determinó el error en la contraparte que ha de considerarse excusable ya que dicha parte es la que merece la protección del ordenamiento jurídico. No hay constancia alguna de que el perfil de las actoras fuera el de inversora experta sino de un perfil inversor netamente conservador, de ahí que el producto ofertado se revele como totalmente inidóneo para la demandante. Tampoco hay constancia que se les exhibiera algún tipo de documentación precontractual adecuada.

Se debe recordar al respecto lo que señala la referida STS de 12 de enero de 2015 <<Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato firmado en el sentido de que « he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta..» y «declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo». Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente>>.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista y respecto a la información precontractual -que la referida STJUE declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable- no consta que fueran facilitadas a los demandantes con la suficiente antelación, al hacerle la presentación del producto.

En este sentido, la referida sentencia del pleno del TS de 12 de enero de 2015 indica que <<La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa>>.

4.3.- Por último, señalar que, en la regulación vigente, tanto bancaria como del mercado de valores, se establece la información precontractual con notable intensidad aunque fragmentada y, en su caso adecuada al producto. Asimismo, reiteradamente, la información se facilita en la práctica sin un formato homogéneo, en un lenguaje excesivamente técnico o en documentos precontractuales y publicitarios que están redactados y presentados de tal forma que es difícil distinguir en ellos la información más relevante, con merma de la eficacia y utilidad de dicha información en la medida en que al minorista le resulta complicado entender adecuadamente el producto o servicio ofrecido y entender adecuadamente los riesgos que conlleva o distinguir

sus elementos principales o accesorios. En este sentido se debe tender a exigir a las entidades financieras la clasificación de los productos en virtud del indicador de riesgo de cada uno de ellos, indicador de riesgo que debe ser claro y conciso para el consumidor sobre el tanto por ciento de devolución del principal invertido y el plazo de tiempo para la devolución así como alertas sobre la liquidez del producto, esto es, sobre los riesgos de venta anticipada de éste o alertar, en general, sobre la complejidad de los mismos. Lo que, desde luego, no ha sido el caso de autos.

5.- Como reiteradamente ha vendido señalando la última jurisprudencia del TS sobre el particular, la carga de la prueba recae sobre la entidad financiera, pues a ella le compete el deber de informar en los términos expuestos. En el caso particular, el perfil de la actores no se muestra como los de unas personas expertas en la contratación de instrumentos financieros y raíz del asesoramiento del director de la oficina de la demandada en la creencia de que se trataba de un producto sin riesgo, esto es, que se trataba de una inversión de perfil netamente conservadora. Como señala la STS de 12 de enero de 2015 <<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, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores>>. De ahí que, en el caso de autos, en la revisión que efectúa este tribunal del pronunciamiento al respecto de la prueba practicada respecto a la existencia del error denunciado debemos confirmar el mismo ya que no se ha puesto de relieve ninguna disfunción al respecto, ni aparecen las conclusiones que fundamentan el mismo revestidas de ilógica de clase alguna. En este sentido debe entenderse acreditado que la inversión se ofreció como un producto de ahorro, conservador, seguro y sin pérdida, lo que, desde luego, no se cohonesta en absoluto con las propias características del mismo. En definitiva, como señala la STS de 12 de enero de 2015 << el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa>>. Por último, el folleto informativo reducido de octubre de 2003 aportado por la demandada no se representa como un documento idóneo a los efectos de proporcionar la debida información a los actores ya que resulta demasiado genérico al referirse sólo a la emisión general de la deuda subordinada y no a las características propias del producto financiero.

5.- Por último, en cuanto a las consecuencias de la estimación de la demanda, la tan meritada sentencia del Pleno del TS señala que <<La estimación de la demanda supone la declaración de nulidad del contrato de seguro "unit linked multiestrategia" suscrito por la demandante y la condena a Banco Santander a restituir a la demandante los 250.000 euros invertidos, con sus intereses calculados al tipo del interés legal desde la fecha en que la demandante abonó dicha cantidad (o le fue cargada en su cuenta), con aplicación de las cantidades parciales recibidas durante la tramitación del litigio>>. La sentencia apelada, en sus fundamentos de derecho, siguió dicha doctrina jurisprudencial, que no tiene otro fundamento que lo establecido en los arts. 1303 y 1108 del CC, esto el importe al que debe ser condenada la entidad financiera demandada resulta de aminorar de la suma total de la inversión, las cantidades percibidas por la parte actora como rendimientos de aquélla, lo que ya postulaba subsidiariamente la propia parte actora en su *petitum*, así como también debe minorarse la cantidad percibida por el rescate del FGD, y a todo con el interés legal desde la fecha del

otorgamiento de los contratos declarados nulos hasta la interposición de la demanda rectora de las presentes actuaciones. Dicho lo anterior y enlazando con el penúltimo de los motivos que fundamentan la apelación debe señalarse que sí procede la condena al pago del interés legal desde el momento del otorgamiento de la orden de compra de la duda subordinada pues es uno de los efectos de la restitución que sanciona el art. 1303 del CC. Por lo que procede confirmar la sentencia apelada y desestimar el recurso promovido por la parte demandada.

6.- Por último, respecto a las costas de la primera instancia no se advierten la existencia de dudas de hecho o de derecho que impidan la aplicación del principio general de vencimiento objetivo en esa instancia y habiéndose desestimado el recurso, las costas de esta alzada se deben de imponer a la parte apelante (art. 398 LEC).

#### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por CATALUNYA BANC SA contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 28 de Barcelona dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma, con imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante. Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, 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.