



" .

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la [redacted] mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 4 de noviembre de 2015.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Julián Collado Nuño.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de 23 de junio de 2014 , dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona, Barcelona, en los autos de juicio ordinario nº 19/2014 , desestimaba la demanda interpuesta por [redacted] CATALUNYA BANC SA absolviendo a esta de las pretensiones formuladas en su contra imponiendo las costas causadas a la actora.

Frente a la indicada resolución se interpone recurso de apelación por la representación procesal de [redacted] que funda en la errónea valoración probatoria y jurídica efectuada por la sentencia de instancia sobre la nulidad radical de la compraventa de participaciones preferentes solicitada; considera para ello la recurrente su condición de cliente minorista, la situación de defectuosa información producida , el alcance de la acción ejercitada sobre la suscripción obligatoria de acciones determinada en virtud de la Resolución de la Comisión Rectora del FROB; la ausencia rigor de test de conveniencia considerado el nivel de estudios que presenta la actora sin experiencia previa financiera, a pesar de lo cual se concluye en que posee el conocimiento y la experiencia inversora

suficientes para contratar productos de ahorro inversión tanto sin riesgo como con riesgo de rentabilidad; igualmente muestran su desacuerdo con la eficacia confirmatoria atribuida al canje de las participaciones preferentes en acciones; con la perdida voluntaria o culposa de la cosa objeto del contrato. Por todo ello, solicita la revocación de la resolución de instancia y la plena estimación de la demanda formulada. Evacuado el oportuno traslado , la representación procesal de CATALUNYA BANC SA interesó la plena confirmación de aquella.

**SEGUNDO.** - Comprobados los términos de la controversia en esta alzada , la sentencia de instancia entiende , en relación con el contrato de deposito y administración de valores de 30 de julio de 2009, las ordenes de compra de participaciones preferentes cursadas desde el 5 de agosto de 2009 al 19 de octubre de 2010 por importe de 54.000 EUR; y la de canje de las participaciones en acciones y posterior venta de estas de 17 y 19 de julio de 2013, por valor de 17.975,76 EUR; que dado que la actora, en julio de 2013, procedió a ordenar la venta de las acciones obtenidas en el marco del canje y quita promovida por el FGD, se impediría la efectividad de la acción entablada. Sobre esta base entendemos que dicha conclusión no es ajustada; al contrario, el artículo 1311 CC cuando define los supuestos de confirmación tacita, exige pleno conocimiento de la causa de la nulidad, el cese de esta y el ejercicio de un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo por quien tuviere el derecho de invocarla. Sobre esta cuestión hemos de traer a colación la doctrina jurisprudencial, sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2006 que señala como el mero conocimiento de la causa de nulidad no implica su aceptación y, de otro lado, atendiendo a las circunstancias en las que se produjo el canje de las participaciones preferentes por acciones de CATALUNYA BANC SA, no es posible calificarlo como un contrato derivado de la simple voluntad del actor sino consecuencia de decisiones de estabilización del mercado acordadas por el FROB.

Debemos señalar igualmente, en relación con la objeción principal que se plantea en la resolución recurrida como la declaración de

nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes no impide la del contrato de adquisición en virtud del canje expresado en virtud de la doctrina de la propagación de la ineficacia contractual y ello por cuanto de no haberse celebrado aquellos contratos quedaría privado de sentido la operación económico financiera en su totalidad, que deberá considerarse integrada también por los contratos posteriores a tenor de lo establecido en sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010. Debemos considerar así que el canje de los productos de inversión inicialmente adquiridos por acciones de CATALUNYA BANC SA no puede concebirse como un contrato autónomo, fruto de la libre voluntad de los actores sino como una consecuencia destinada a mitigar los efectos desfavorables del contrato inicial. Así el canje de acciones no puede tener el efecto confirmatorio a que se refiere el artículo 1309 del Código civil porque no concurren los requisitos que señala el artículo 1311 del mismo texto, de este modo hemos de entender el examen de las acciones ejercitadas como oportuno, lo que pasaremos seguidamente a analizar.

**TERCERO.-** Del examen de la demanda que formula  
contra CATALUNYA BANC SA resulta como  
suscribió el contrato de depósito y administración de valores de 30 de julio de 2009, las ordenes de compra de participaciones preferentes cursadas desde el 5 de agosto de 2009 al 19 de octubre de 2010 por importe total de 54.000 EUR; y la de canje de las participaciones en acciones y posterior venta de estas de 17 y 19 de julio de 2013, por valor de 17.975,76 EUR. La recurrente interesa la declaración de nulidad del contrato de adquisición de las participaciones preferentes y de las subsiguientes derivadas de aquellas con devolución de las cantidades obtenidas por la venta de las acciones, los rendimientos obtenidos y los intereses correspondientes. La actora era ya octogenaria en el momento de suscribir el primero de los contratos, constando en la orden de compra que la ordenante había recibido la información sobre el instrumento financiero en forma de tríptico resumen del folleto informativo con las

características de la emisión , información fiscal anual y que conocía el significado y trascendencia de la orden. Igualmente consta el test de conveniencia efectuado en el que se concluye en que posee el conocimiento y la experiencia inversora suficientes para contratar productos de ahorro inversión tanto sin riesgo como con riesgo de rentabilidad. El nivel de estudios que acredita es de primaria, educación básica y asimismo consta que nunca ha trabajado en el sector financiero. Sobre esta base no parece muy ajustada dicha clasificación sino que como cliente minorista debemos destacar la necesidad de una tratamiento específico sobre la información relativa a fondos de inversión, valores negociables o productos derivados por parte de la demandada.

De este modo habremos de analizar la información precontractual y contractual y si esta resultaba clara , completa y comprensible de las características de las participaciones preferentes de aquellas ordenes de suscripción . Reconoce la demandada CATALUNYA BANC SA como comercializó los títulos mas niega cualquier gestión de asesoramiento, limitándose a la administración y deposito de los valores. Considera que procedió adecuadamente tanto en la evaluación de la conveniencia del producto financiero para el inversor como en la información específica facilitada.

**CUARTO.-** Pasando pues, a examinar el fondo de la cuestión controvertida , hemos de señalar, como ya hemos hecho en otras ocasiones , que la procedencia de la declaración de nulidad de un contrato por error invalidante del consentimiento es preciso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil , que dicho error recaiga "sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo." Además, la jurisprudencia ha venido exigiendo que el error sea excusable, esto es, que no sea imputable a quien lo padece. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en sus Sentencias de 21 de noviembre de 2012, de 12 de

noviembre de 2010 y de 17 de febrero de 2005.

De esta manera los requisitos que han de concurrir para la declaración de nulidad de un contrato por error en el consentimiento serán : 1) que exista error en el consentimiento; 2) que éste sea esencial; y 3) que el error sea excusable. El Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012, ha señalado como hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, sentencias de 21 de mayo de 1997 y de 12 de noviembre de 2010 ; esto es, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Este error sería esencial si recayera en el riesgo asumido con los productos adquiridos y sobre las características de los mismos.

Sobre la condición de la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, esta sería la de cliente minorista , lo que no es negado por la demandada. Conforme al indicado precepto ello impide la presunción de que contara con la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Si a ello unimos la naturaleza compleja del producto contratado, la LMV exigiría a la demandada un deber de rigurosa información en relación con, entre otros extremos, la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros que se ofrecen, fundamentalmente en los casos de productos financieros complejos, para que los clientes puedan tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Esta información ha de ser imparcial, clara, no engañosa y ha de estar adaptada al nivel de formación y experiencia del cliente . Además, de acuerdo con el artículo 79, párrafo primero, LMV, las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Esta obligación de información a cargo de la entidad financiera es exigible tanto en supuestos en

los que se incluye el asesoramiento como en los solo incorpore el mandato de compra y la administración y deposito de los valores. Hemos de destacar que, en el momento de la formalización de la operación, toda persona o entidad que actuara en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, debería dar absoluta prioridad al interés de su cliente. También recordar, como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso C-178/12, que " la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

**QUINTO.-** Examinado el contenido de los autos la demandada sustenta el cumplimiento del deber de información en la documentación expresada en el propio test de conveniencia, orden de suscripción, tríptico de la emisión, documento de información de las condiciones de prestación de servicios de inversión, contrato de deposito o administración de valores y la específica información verbal que habrían transmitido sus empleados. En relación con el supuesto que nos ocupa, en el que la justificación del cumplimiento de dicho deber se limita a la documentación contractual y accesorio de la misma que hemos reseñado, hemos de destacar la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de enero de 2015, con mención de la de 18 de abril de 2013, cuando, en relación con las menciones preconfiguradas e incluidas en la documentación contractual o precontractual, ejemplificadas en supuestos tales como: "... he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta..." ; "... 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 ..."; concluye que se refieren

a menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

Considera así el Tribunal Supremo que 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 predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. 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. Sobre esta base hemos de entender insuficiente la información facilitada en los términos que venimos contemplando, así la documentación suscrita por la actora no determina que fuera asimilada y contenida en el acto de la firma.

Sobre esta base hemos de señalar como, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación de las participaciones preferentes adquiridas. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos o productos financieros, que necesariamente ha

de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error sería esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En este sentido debemos concluir que CATALUNYA BANC SA no ha justificado que proporcionara la necesaria información sobre las consecuencias y riesgos de la operación efectuada, sin que tampoco se pueda atribuir este conocimiento al inversor, todo lo cual nos ha de llevar a la conclusión de atribuir un error vicio invalidante del consentimiento en los términos que hemos expresado a las concretas adquisiciones ordenadas; error que debe considerarse esencial y excusable ante el conocimiento incompleto de las circunstancias esenciales del producto adquirido y del del riesgo asumido en los términos que resultan de la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 24 de enero de 2014, cuando señala: "... Al mismo tiempo, 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...". No mejor suerte correrá la alegación efectuada por la demandada sobre la doctrina de los actos propios por el hecho de haber recibido el demandante, de forma periódica y constante, extractos de sus cuentas, libreta, cuenta corriente y cuenta de valores, justificantes del abono de cupones de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, e información fiscal relativa a las mismas. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de octubre de 2002 considera que doctrina de los actos propios tiene su fundamento en la buena fe

y en la protección de la confianza que la conducta produce, por lo que tales actos han de ser vinculantes, causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor, encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad; sin que hallemos tales caracteres en la conducta del ahora demandante.

**SEXTO.-** Consecuencia obligada de lo anterior será la estimación de la demanda formulada en relación con la declaración de la nulidad de los contratos de compraventa de participaciones preferentes suscritas por la actora a que se refiere la demanda . Como ya hemos señalado antes negando efecto confirmatorio al canje posterior efectuado, la nulidad declarada se extenderá al contrato de adquisición fruto del canje en virtud de la doctrina de la propagación de la ineficacia contractual dada la constatación de la unidad de la operación económico financiera completa, que igualmente se integra por los contratos posteriores, referidos al canje de acciones que , ya hemos dicho, en ningún momento puede ser entendido sino como un acto condicionado por el previo que estamos examinando; así sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010. En conclusión y de acuerdo con lo prevenido en el art. 1303 CC, se ha de declarar la obligación de las partes de restituirse recíprocamente lo recibido, con los frutos e intereses, lo que supone la obligación de la demandante de devolver las cantidades percibidas con los intereses devengados desde la fecha de su percepción, incluyendo el producto de la venta de las acciones canjeadas; de otro lado, la demandada habrá de reintegrar las cantidades correspondientes a las distintas órdenes de compra mas los intereses legales correspondientes desde su adquisición , según se determine en ejecución de sentencia.

**SEPTIMO.-** La estimación del recurso de apelación implica la no imposición de las costas de esta alzada a parte alguna, art. 398,2 LEC , en tanto que , en relación con las de la instancia , estas se impondrán a la demandada en virtud de lo prevenido en el art 394 LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [redacted] contra la Sentencia de 23 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona, Barcelona, en los autos de juicio ordinario nº 19/2014, de los que el presente Rollo dimana, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la indicada resolución, y en su lugar, ESTIMANDO la demanda interpuesta por [redacted] Z contra CATALUNYA BANC SA debemos declarar la nulidad de los contratos de compraventa de participaciones preferentes y las distintas ordenes de compra suscritas por la actora a que se refiere la demanda así como el posterior canje de las mismas, con la obligación de las partes de restituir el precio correspondiente a cada operación y los rendimientos obtenidos con los intereses legales correspondientes, desde la fecha respectiva de suscripción de cada uno de los contratos declarados nulos hasta el momento de la restitución; todo ello con imposición de las costas de la instancia a la demandada y sin hacer especial declaración respecto de las de esta alzada.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer en el plazo de veinte días, si se dieran los requisitos legalmente establecidos.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la cual se unirá 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.