

**Roj:** SAP T 510/2016 - **ECLI:ES:APT:** 2016:510  
**Órgano:** Audiencia Provincial.  
**Sede:** Tarragona.  
**Sección:** 1  
**Nº de Recurso:** 733/2015  
**Nº de Resolución:** 170/2016  
**Fecha de Resolución:** 28/07/2016  
**Procedimiento:** Verbal – Cognición.  
**Ponente:** MANUEL HORACIO GARCIA RODRIGUEZ  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

## **AUDIENCIA PROVINCIAL TARRAGONA**

### **SECCION PRIMERA ROLLO NUM. 733/2015**

#### **VERBAL NUM. 499/2013**

#### **TARRAGONA NUM. DOS**

#### **SENTENCIA NUM. 170/16**

Tarragona, 28 de abril 2016.

Visto ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona por D. Manuel Horacio García Rodríguez, como Magistrado unipersonal del referido Tribunal, el recurso de apelación nº 733/2015, en Verbal nº 499/2013, tramitado por el Juzgado Nº 2, de Tarragona, en el que es demandante-apelante Catalunya Banc S.A., y apelados D. Arcadio y Dña. Raquel, que pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** -\_La sentencia antes señalada, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Estimar parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Dña. María Jesús Muñoz Pérez, en nombre y representación de D. Arcadio y Dña. Raquel declarando la nulidad de la orden de suscripción, con número 0133587, condenando a la parte demandada a la restitución del capital invertido de 6000 euros a los actores y a abonar una indemnización calculada según los intereses legales desde que se hizo la orden de suscripción, hasta el día en que definitivamente restituya el importe entonces entregado, descontando los intereses que se hayan recibido, cifrado en 1.151,33 euros. No se hace expresa imposición de costas".

**SEGUNDO.** -\_Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO. - Resumen de Antecedentes.**

D. Arcadio y Dña. Raquel solicitan la declaración de nulidad de la adquisición realizada en 2007 de Obligaciones Subordinadas de Caixa Catalunya (hoy CATALUNYA BANC S.A.) por importe de 6.000.-€, debido a que no se les informó adecuadamente del producto financiero adquirido originándoles un error en la prestación del consentimiento que acarrea su anulabilidad (error-vicio), y, subsidiariamente, la nulidad absoluta del negocio por infracción de normas imperativas, con restitución por la demandada de las sumas invertidas.

Contestó la entidad financiera demandada en la forma que se resume: (i) La confirmación del negocio por la venta voluntaria de las acciones al FGD que ya no puede restituir, además de la recepción de las liquidaciones periódicas; (ii) No existe nulidad radical o absoluta de un negocio en el que la entidad ha actuado como mera comercializadora, ejecutando un mandato de compra de los clientes; (iii) Tampoco hay vicio del consentimiento porque no ha incumplido ningún deber de información y, en cualquier caso, el error no es excusable; y (iv) Improcedencia de abono del interés legal del dinero.

La sentencia de primer grado estima íntegramente la demanda apreciando la existencia de vicio del consentimiento y declara la nulidad de las adquisiciones realizadas, con restitución recíproca de prestaciones.

No conforme con esta decisión se alza la entidad financiera a través del presente recurso, al que se oponen los actores.

**SEGUNDO. - Los hechos relevantes para la resolución del recurso.**

Son estos.

(a) Los actores, Don Arcadio y Dña. Raquel tienen estudios básicos y carecen de conocimientos financieros.

(b) Las obligaciones subordinadas son valores de renta fija que sufren una postergación en el rango de prelación en los créditos en caso de concurso, situándose detrás de todos los acreedores comunes de la entidad e incluso de los subordinados cuyo crédito se hay recogido en escritura pública anterior a la emisión. A cambio de este mayor riesgo que asumen los compradores de bonos subordinados, suelen ofrecer una rentabilidad mayor a la del mercado de renta fija estricto, con el objetivo de atraer y captar los inversores y compensar el menor rango y peor orden de prelación de cobro.

No tienen garantía alguna del FGD y son productos, como las participaciones preferentes, de los denominados "productos híbridos" de capital. Cotizan en el mercado secundario y oficial AIAF.

(c) En los documentos bancarios de compra se recoge que el producto es conservador e indicado para quienes quieren asumir pocos riesgos o con un término de la inversión muy corto. Además, se recoge que los firmantes conocen el significado y trascendencia de la presente orden.

(d) El test de conveniencia, no obligatorio, lleva fecha 5 mayo 2011 y fue cumplimentado mediante signos en casilleros electrónicos en los que se acepta la adquisición de productos con riesgo de capital e intereses

e) Acudieron a la oferta pública de venta voluntaria al FGD de las acciones resultantes de la conversión obligatoria en acciones de Catalunya Banc, según resolución del FROB de 7 junio 2013, obteniendo por ello la suma de 4.653,562-€ que percibieron el día 19 julio 2013, con lo que la diferencia con la suma invertida es de 1.346,38.-€.

**TERCERO. - Los motivos de oposición a la sentencia.**

Los motivos de oposición a la sentencia de la entidad financiera recurrente son los siguientes:

**I) Caducidad de la acción.**

Esta excepción material se opone pues al existir un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de cuatro años desde la consumación del contrato el 18 julio 2007 y haberse

presentado la demanda el día 30 julio 2013 es claro que ha transcurrido el plazo (art. 1.301 C. civil).

Lo primero que cabe indicar es que no es pacífico que el plazo señalado por art. 1.301 C. civil sea de caducidad, pues existen también resoluciones que le atribuyen la naturaleza de plazo de prescripción. A favor de la primera tesis la STS 2 junio 1989, 19 octubre 1989 y 25 julio 1991. En contra, considerándolo como de prescripción las de 23 octubre 1989, 5 marzo 1992 y 27 de febrero de 1997.

La reciente STS Pleno de 12 enero 2015 , sin entrar a abordar la naturaleza del plazo del art. 1301 C. civil , que no era objeto del recurso, señala que: (i) Aunque los plazos de caducidad no son susceptibles de interrupción considera, con base en la doctrina establecida en la STS 5 abril 2005 , que la existencia de unas diligencias preliminares de preparación del juicio y la subsiguiente presentación de la demanda equivale a un supuesto en que el transcurso del plazo para el ejercicio del derecho cesó cuando se promovieron las diligencias, operando como un anticipo de la acción; (ii) En los contratos bancarios complejos, la consumación debe referirse no al concurso de voluntades sino al cumplimiento de las prestaciones de ambas partes o cuando se hayan consumado en su integridad los vínculos obligacionales que generó, de acuerdo con la doctrina de las STS 27 marzo 1989 y 11 junio 2003 ; (iii) La noción de «consumación del contrato» que se utiliza en el precepto exige una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Además, esta situación permite que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes; y (iv) En la fecha en que el art. 1301 C. civil fue redactado, año 1881, 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 hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción.

Por tanto, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será cuando se produzca en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permita la comprensión real de las características y riesgo del producto que se ha adquirido mediante un consentimiento viciado. A modo de ejemplo, la sentencia citada de 12 enero 2015 señala como eventos desencadenantes: el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses y el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB.

En nuestro caso, puede señalarse como día inicial el momento en que los actores advierten que su inversión carece de valor alguno, como efectivamente así sucedía, porque no podían realizar los títulos en el mercado, o por la suspensión del pago de cupones en 2012, con lo cual la acción no estaría caducada pues la demanda fue formulada en 2013.

## II.-) Naturaleza de la relación jurídica entre las partes.

Sostiene la entidad financiera apelante que se limitó a ejecutar órdenes de compra de los títulos de deuda subordinada en el mercado y no existe, por lo tanto, un contrato financiero de obligaciones de deuda subordinada, sino un mandato que el banco ejecutó siguiendo las instrucciones de los clientes y puso a su disposición los títulos correspondientes.

Pues bien, lo primero que debemos indicar es que no nos encontramos, en rigor jurídico, ante un mandato de compra por el que la entidad demandada vende en nombre de un tercero

unas obligaciones subordinadas, sino ante un negocio de inversión que es mediado o prestado por la entidad demandada a la que se imputa esencialmente el incumplimiento de las normas legales (Real Decreto 629/1993, de 3 mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y Ley Mercado Valores 1988 - redacción pre-MiFID) que regulan la información que debe ofrecerse al cliente en esa clase de negocios con la sanción negocial por su inobservancia de la nulidad relativa por error en el consentimiento del cliente inversor ( art. 1301 C. civil ). Estas normas de actuación son de obligado cumplimiento, según el art. 78 LMV, tanto para el emisor como para las empresas que prestan servicios de inversión (ESIS y Bancos).

Aquí debemos aclarar que las normas que disciplinan la actividad de las entidades que prestan servicios de inversión no tienen un carácter imperativo por lo que su inobservancia, aparte de eventuales sanciones administrativas ( art. 97 y ss. LMV), no dará lugar a la nulidad absoluta del negocio por falta de consentimiento u oposición a una norma imperativa ( art. 1261 C. civil y 6- 3º C. civil ), sino a la nulidad relativa o anulabilidad por vicios del consentimiento a que aluden los actores y se refiere al art. 1.300 C. civil ( STS 15 diciembre 2014 ).

Por tanto, sea mandato de ejecución o sea asesoramiento financiero, el banco debe cumplir con una obligación de información suficiente y concreta para que los clientes tengan conocimiento de las características del producto que contratan y los riesgos asociados al mismo a fin de que puedan tomar una decisión con conocimiento de causa.

### III.-) Cumplimiento de la obligación de información. Carga de la prueba.

La carga de la prueba del deber de información corresponde a la entidad financiera que presta el servicio de inversión, dada la asimetría informativa existente entre profesional y minorista (STS 16 septiembre 2015, entre otras). Esta información debe ser veraz, completa, exacta, comprensible y ofrecida con la necesaria antelación para que el cliente tenga un conocimiento adecuado del producto que va a contratar y los riesgos asociados al mismo (STS Pleno 12 enero 2015).

La Sala no advierte de la prueba practicada que se haya cumplido este estándar de diligencia por las siguientes razones: (i) Ni siquiera se ha podido identificar a quien comercializó o asesoró el producto financiero a fin de que pudiera explicar en qué condiciones lo hizo; (ii) El test de conveniencia no era exigible por razones de vigencia temporal de la normativa MiFID, sin embargo no consideramos que se haya realizado correctamente mediante la cumplimentación de casillas en ventanas de un ordenador sin ninguna referencia al producto concreto que se adquiere (art. 79 bis. 6 LMV); (iii) El perfil del producto contratado no es, como se recoge en las órdenes de compra, conservador sino agresivo con riesgo de pérdida de intereses, capital y liquidez, que al final es lo que sucedió, y por esta razón resulta inadecuado para unos inversores sin conocimientos financieros y sin experiencia en este tipo de productos; (iv) La cláusula contenida en la orden de compra relativa a que los inversionistas conocen su significado y trascendencia son advertencias seriadas o de descargo de responsabilidad sin ningún valor e inadmisibles para quien presta servicios de inversión a un minorista; y (v) No hay indicio o prueba alguna de que la actora haya recibido cumplida información de los riesgos de capital, intereses, liquidez y emisor, porque de lo que se trata es de información no de documentación o entrega de un tríptico o folleto informativo, como señala la apelante.

### IV.-) Confirmación de las órdenes de compra. Actos propios.

La tesis de la entidad recurrente es que, habiendo acudido voluntariamente D. Arcadio y Dña. Raquel a la oferta voluntaria de compra de las acciones de Catalunya Banc S.A. por el Fondo de Garantía de Depósitos, una vez se produjo la conversión obligatoria de las obligaciones subordinadas, estaríamos ante un supuesto de confirmación del negocio, avalado por el hecho de que no pueden restituir los títulos que se les entregaron (art. 1.309 y ss. C. civil).

Las medidas acordadas por el FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria) el 7 junio de 2013 que trataban de implementar el plan de apoyo financiero a Catalunya Banc S.A. entre las cuales destaca la medida de gestión de los instrumentos híbridos consistente en el canje obligatorio de deuda subordinada de la entidad por acciones de nueva emisión, lo que a su vez iba acompañado de la opción concedida a los clientes minoristas de esa entidad, a los que en virtud de ese canje se convertía en tenedores de unos títulos carentes de liquidez, para que pudieran proceder a la venta de los mismos al FGD (Fondo de Garantía de Depósitos) con una quita, están íntima e indisolublemente unidas.

A pesar de que el artículo 43.2 de la Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, enfatiza el carácter vinculante de las medidas de gestión de instrumentos híbridos tanto para la entidad como para los titulares de esos instrumentos, y que el art. 49 impide a los afectados por una acción de gestión de instrumentos híbridos reclamar por el incumplimiento de las condiciones de la emisión o por las pérdidas que deriven de la concreta acción de gestión implementada, la realidad es que la demanda de D. Arcadio y Dña. Raquel, no se funda en ninguna de esas circunstancias, sino que reclama el perjuicio derivado del incumplimiento por la entidad emisora de las obligaciones subordinadas en los instantes previos a la contratación de ese producto.

El canje de la deuda subordinada por acciones de Catalunya Banc y la ulterior venta de estas al FGD aceptada por los actores el 4 julio de 2013, y liquidada el 19 julio siguiente, no es un negocio estrictamente voluntario desconectado de la contratación de la deuda años antes. Dicha venta sólo se explica como respuesta forzada al callejón sin salida en que se vieron inmersos los inversores ante el descubrimiento de la irrecuperabilidad inmediata de la inversión por la conjunción del vencimiento a largo plazo de los títulos y la sobrevenida iliquidez patentizada en la inviabilidad de su transmisión a terceros en el mercado secundario AIAF por la caída de la demanda de valores de Catalunya Banc S.A. debido a su delicada situación financiera.

En consecuencia, el perjuicio patrimonial de los actores ha de establecerse en relación con su situación final, una vez agotadas las medidas implementadas por la autoridad monetaria para la recuperación máxima posible de la liquidez de su inversión.

Con lo dicho, resulta evidente la propagación de los efectos de la nulidad del negocio inicial a la posterior conversión obligatoria y la venta voluntaria de las acciones resultantes de la conversión al Fondo de Garantía de Depósitos, esto es, la continuada influencia de la causa en los tres negocios, funcionalmente conectados, de la nulidad del primero a los otros dos, doctrina acogida por la jurisprudencia y que se condensa en el aforismo: "quienes juntos nacieron juntos caerán" ( STS 17 junio 2010 ).

En lo demás, se alega por Catalunya Banc S.A. la imposibilidad de que los demandantes devuelvan los títulos ya enajenados. Este planteamiento es erróneo, porque como ya explicamos lo que reclaman los actores es el perjuicio patrimonial derivado de la adquisición de un producto financiero que ha perdido una parte importante de su valor y hace responsable de ello a la entidad que le ofertó/asesoró la contratación, y este perjuicio se concretaría en la diferencia entre el precio pagado por las obligaciones subordinadas y el obtenido por la venta de sus acciones, esto es, la suma de 1.346,38.-€, mas como la demanda se formuló antes de acudir a la oferta pública la condena debe extenderse a la cantidad invertida en el bien entendido que de ésta deberá deducirse el importe percibido del FGD (4.653,62.-€) y los rendimientos obtenidos.

#### V.-) Condena al pago del interés legal.

La demandada recurrente argumenta que la actora no tenía expectativas de recibir un interés superior al de un depósito a plazo y sin riesgo, por lo que no puede solicitar un tipo de interés superior al que teóricamente hubiera percibido pues en el mercado no existen depósitos con

una rentabilidad equivalente, y cita al efecto la STS 15 octubre 2013 que califica los intereses del precio que prevé el art. 1303 C. civil no como ordinarios o moratorios, con funciones resarcitorias del precio del dinero que se prestó a otro, sino que responden al principio de restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de los contratos declarados ineficaces y, al fin, a la interdicción del enriquecimiento sin causa.

El art. 1303 C. civil establece un efecto legal, no derivado del contrato, para los casos de ineficacia contractual que no está sujeto al principio de rogación, sino que es aplicable de oficio (STS 15 noviembre 2011), y no advertimos en qué medida se ha enriquecido la actora cuando la inversión a quien realmente benefició es a la propia entidad financiera pues de no ser así no vemos donde está el negocio de las obligaciones subordinadas.

**CUARTO. - Régimen de costas.**

Al desestimarse el recurso las costas se imponen a la recurrente (art. 398.1 LEC).

**F A L L O**

El Tribunal decide:

1º. Desestimar el recurso de apelación formulado por CATALUNYA BANC S.A. frente a la sentencia de 13 abril 2015, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 2, de Tarragona, en Juicio Verbal nº 499/2013, que se confirma.

2º.- Imponemos las costas a la recurrente. Con pérdida del depósito constituido. La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 Disposición Adicional 16ª LEC), y se interpondrá en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncia y firma esta sentencia el Magistrado integrante de este Tribunal.