

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

Sección CATORCE

Rollo

JPI Núm. CINCUENTA Y CUATRO de Barcelona

Autos núm. de Juicio Ordinario

Ilmos. Sres.

Presidente:

Agustín VIGO MORANCHO

Magistrados:

Ramón VIDAL CAROU

Esteve HOSTA SOLDEVILLA

S E N T E N C I A Núm. 53/2016

En la ciudad de Barcelona, a 24 de febrero de 2016.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos núm. de Juicio Ordinario, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia Núm. CINCUENTA Y CUATRO de Barcelona, a instancias de y , representados por el procurador Pedro MORATAL, contra CATALUNYA BANC S.A., representada por el procurador Ignacio de Anzizu, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada el día doce de marzo de dos mil catorce por el Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Estimando la demanda interpuesta por D.

, contra CATALUNYA BANC, S.A.: 1º) Declaro la nulidad de las compras de obligaciones sub ordinadas suscritas por la parte actora en los años 1993 (parcialmente) y 1996 (totalmente). 2º) Condono a CATALUNYA BANC, S.A., a abonar a la actora la cantidad de 9.740,71 euros más los intereses legales en los términos del fundamento jurídico 10º de la sentencia. Se impone el pago de las costas a la demandada".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso. Y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, se señaló para votación y fallo el día once de febrero de dos mil dieciséis.

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

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Ramón VIDAL CAROU de esta Sección Catorce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso.

Por y se presentó demanda frente a CATALUNYA BANC para interesar, con carácter principal, la nulidad de los contratos de deuda subordinada que habían suscrito o, subsidiariamente, la resolución de los mismos por incumplimiento de obligaciones por cuanto, sin tener conocimientos financieros de ningún tipo, compraron obligaciones de deuda subordinada sin que por el empleado de la oficina se les hubiera informado de la verdadera naturaleza del producto, induciéndoles a creer que eran como un depósito a plazo y sin explicarles el alcance de las consecuencias de su contratación ni de su carácter perpetuo y la imposibilidad, por consiguiente, de disponer del capital invertido, contestándose por la referida entidad financiera que los actores habían invertido, entre los años 1992 y 1996, la cantidad de 9.500.000 ptas. en deuda subordinada y que ya habían vendido

7.100.000 ptas. por lo que les quedaba un saldo de 2.400.000 ptas, sin que la acción ejercitada pudiera prosperar por cuanto ya estaba caducada. Que, además, se había limitado a dar cumplimiento a las órdenes de compra que los actores les habían cursado, sin prestar asesoramiento financiero por su parte. Y que no era admisible el desconocimiento del producto que se tiene en su poder durante más de veinte años y del que se envía regularmente la oportuna información, inclusive la fiscal. Y que era imposible que conservara la documentación acreditativa de la información proporcionada hacía 22 años. Finalmente y en relación a la acción resolutoria, que tampoco podía prosperar pues tan solo podía plantearse por hechos acaecidos con posterioridad a la celebración del contrato.

La sentencia de primera instancia, tras precisar que la acción ejercitada, pese a las imprecisiones terminológicas en las que incurría la demanda, era de anulabilidad por vicio del consentimiento, rechazó que la acción se encontrara caducada y, consideró que el banco había prestado 'una actividad de gestión de cartera de valores indirecta, individual y con asesoramiento por parte de los profesionales especializados de la entidad' y que el error alegado por la parte demandante había quedado acreditado pues la parte demandada no había realizado 'el menor esfuerzo probatorio en orden a acreditar que prestase al cliente una información clara, comprensible y completa sobre las características y riesgos del producto' y que tampoco constaba, por último, que hubieran entregado a los demandantes documentación informativa alguna sobre dicho producto. También rechazaba que la recepción de la oportuna información fiscal o de los rendimientos de los títulos o el canje de dichos títulos por acciones pudiera equipararse a una confirmación tácita del contrato. Y por todo ello estimó la demanda presentada y dado que las partes tenían la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones, calculó las cantidades percibidas por los actores y condenó a la entidad financiera demandada al pago de 9.740,71 euros, con costas para la demandada.

La anterior sentencia es recurrida en apelación por la entidad de crédito demandada para insistir en (i) la caducidad de la acción ejercitada; y (ii) la falta de acreditación del vicio que dicen haber

sufrido los actores; y (iii) la indebida condena en costas de la que había sido objeto pues la caducidad alegada justificaba las dudas que, conforme al art. 394, permiten su no imposición a ninguno de los litigantes

SEGUNDO. Las Obligaciones de deuda subordinada

Las obligaciones de deuda subordinada que son objeto de este procedimiento son las correspondientes a la 'Primera Emisión' que, con el informe favorable del Banco de España, realizó la 'Caixa de Catalunya' en el mes de junio de 1992 al amparo de la normativa entonces vigente, la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, y el Real decreto 1370/85 de 1 de agosto sobre recursos propios de las entidades de depósito.

Y ante de abordar los motivos de impugnación planteados por CATALUNYA BANC SA, conviene recordar que la deuda subordinada es un producto de renta fija a largo plazo, emitida habitualmente por entidades de crédito y grandes sociedades que suelen contar con una elevada rentabilidad pero condicionada a la existencia de beneficios, y que se considera un producto de alto riesgo pues, a diferencia de los depósitos a plazo que cuentan con la garantía del Estado a través del 'Fondo de Garantía de Depósitos', aquella solo se encuentra garantizada por la entidad que la emite, con la agravante de que, al contabilizarse legalmente como recursos propios, su reembolso únicamente tiene lugar una vez satisfechas las demás deudas ordinarias -de ahí su denominación de subordinada- lo que se traduce, en el caso de insolvencia de la entidad emisora, que los tenedores de estos títulos van detrás de todos los acreedores comunes aunque por delante de los preferentistas y accionistas.

De otra parte, la deuda subordinada no debe confundirse con las llamadas 'participaciones preferentes' pues éstas son valores que confieren una participación en el capital de una sociedad sin otorgar derechos políticos a sus titulares (derecho a voto) y sí solo económicos (dividendos), y por tal razón se consideran valores representativos del capital social de la entidad emisora.

Ahora bien, las obligaciones subordinadas (renta fija) y las participaciones preferentes (renta variable), que el Banco de España considera 'instrumentos híbridos de capital' en el sentido de que cumple ciertos requisitos que lo asemejan parcialmente al capital ordinario de las entidades de crédito, y es computable como recursos propios de las entidades, plantean una similar problemática: son productos de inversión que no se consideran aptos para los inversores minoristas por la complejidad de su funcionamiento y los altos riesgos que su contratación comporta, e inclusive el legislador ha procedido a darles un tratamiento conjunto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, facultando al FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria) para realizar acciones de gestión de los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada que tengan emitidos las entidades de crédito afectadas por planes de reestructuración o resolución.

TERCERO.- Caducidad de la acción

La sentencia de primera instancia, consideró que para computar el 'dies a quo' de la consumación del contrato, entendido como agotamiento de todas las obligaciones derivadas del mismo, tenía que esperarse a su conclusión pero al ser un producto perpetuo, era más acorde al momento actual (ex.art. 3 Cci) estar a la fecha en que se había producido la primera liquidación negativa del producto pues en ese momento se conoce o puede conocerse racionalmente el error sufrido por la falta de información bancaria.

La parte recurrente considera que la sentencia confunde el negocio jurídico celebrado (compraventa) con el objeto del negocio (títulos valores) y que debe computarse desde la orden de compra, de modo que el plazo de cuatro se encontraba agotado por completo cuando se presenta la demanda de autos, insistiendo en que el concepto de consumación utilizado por la sentencia es correcto cuando de contratos de 'tracto sucesivo' se trata pero no cuando es de 'tracto único' como sucede con el contrato de compraventa.

Pues bien, el motivo no puede prosperar. La sentencia de primera instancia vino en aplicar al contrato de autos la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de 'consumación' para los contratos de tracto sucesivo. Ciertamente la compraventa es un contrato de tracto único por antonomasia y la aplicación de la referida doctrina podía suscitar ciertos inconvenientes. Sin embargo, y como venimos reiteradamente señalando en asuntos similares, la STS de 12 de enero de 2015 ha solventado toda esta problemática al señalar que el contrato no se consuma "hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción".

En efecto, en esta sentencia el Tribunal Supremo considera "que 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".

Y establece como doctrina jurisprudencial que "en las 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."

Pues bien, la anterior doctrina sirva como mejor argumento para confirmar la resolución apelada en este punto pues, efectivamente, hasta que no dejan de pagarse los rendimientos prometidos, el inversor no toma conciencia de las verdaderas características del producto adquirido. Y en el caso de autos, aun cuando no consta con

exactitud cuando se produjo el impago por parte de CAIXA CATALUNYA de los cupones o rendimientos de estas obligaciones de deuda subordinada pero en cuanto que no consta que al tiempo de presentarse, necesariamente debemos considerarla ejercitada en plazo al no constar que haya transcurrido el referido plazo cuatrienal.

CUARTO.- El error como vicio del consentimiento

Son muchas las sentencias que exponen la doctrina jurisprudencial en esta materia. Entre las últimas nos encontramos la STS de 20 de febrero de 2014: hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (...) El art. 1266 del Cci dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (...) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 Cci). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (...) Y por otro lado, el error ha de ser (...) excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida'.

La parte recurrente acepta que corresponde a la entidad financiera acreditar la información facilitada al cliente pero entiende que ello debe ponerse en relación a las concretas circunstancias del caso y que resulta diabólica la exigencia de tener que acreditar la información facilitada a los actores apelados

cuando ha transcurrido tanto tiempo (más de veinte años desde las primeras suscripciones del año 1992) y no tiene ni tan siquiera la obligación legal de conservar la documentación asociada a tal clase de operaciones (de tan solo cinco años en la actualidad, según el art. 32 del RD 217/2008 de 15 de febrero), debiendo aplicarse entonces la doctrina jurisprudencial clásica conforme la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, representando una presunción 'iuris tatum' de la validez del contrato que únicamente puede destruirse mediante la correspondiente prueba la cual corresponde a quien alega el vicio en cuestión.

Sin embargo, aun cuando sea verdad que la suscripción de las obligaciones de deuda subordinada que nos ocupan, según resulta de la "Libreta de Deuda Subordinada" aportada por los compradores, se produce entre los años 1992 y 1996 y resulte razonable entender que poca documental podía conservar la recurrente de dichas operaciones, es lo cierto que tampoco la testifical practicada en el acto del juicio -en la persona de - abundó precisamente en la tesis de la recurrente pues la misma puso de manifiesto que en aquellos momentos nadie se planteaba que no se cobrasen los cupones o se perdiese la inversión, de forma que, si quiera de buena fe, no se informaba a los clientes de los riesgos más característicos del producto financiero que nos ocupa (riesgo de capital al no contar con la garantía del Estado; riesgo de no percepción de rendimientos al estar supeditados a la obtención de beneficios; riesgo de liquidez al cotizar en un mercado secundario...). Es más, por muchas que fueran las dificultades probatorias que el paso del tiempo puede comportar para la recurrente, en modo alguno ello puede traducirse en un desplazamiento de dicha carga al inversor porque, al margen de ser contrario a las normativa MiFID o, en general, a la normativa elaborada para la protección de los pequeños inversores, la misma devendría verdaderamente diabólica para los actores pues deberían afrontar la prueba de un hecho negativo como es la ausencia o la defectuosa información proporcionada.

Y en cuanto a la presunción de validez del consentimiento prestado, baste señalar que la misma no puede entrar en juego cuando,

como ocurre en autos, nos encontramos con específicos deberes de información que la Ley pone a cargo de las sociedades que, como la recurrente, prestan servicios de inversión y a las que, como ya hemos dicho, corresponde acreditar su cumplimiento.

QUINTO. - Costas y depósito para recurrir.

En cuanto a las costas de esta alzada, la desestimación del recurso presentado determina su imposición a la parte recurrente (art. 398.2 LECi) así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, al cual se le dará el destino legalmente previsto, de acuerdo con el apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ tras su reforma por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal.

Solo señalar que aun cuando por la entidad recurrente se interesaba, en relación a las costas de la primera instancia, que no fueran impuestas a ninguna de las partes pues la excepción de caducidad que había alegado tenía apoyo en algunas resoluciones dictadas por las audiencias provinciales, este tercer motivo tampoco puede prosperar pues la sentencia de primera instancia, se hizo eco de una doctrina jurisprudencial mayoritaria conforme la suscripción de estos títulos valores venía considerándose como un negocio de tracto sucesivo, sin que las dudas de derecho a las que alude el art. 394 LECi puedan entenderse justificadas por la existencia de alguna sentencia de signo dispar en la jurisprudencia de las audiencias

F A L L O

Que, con desestimación del recurso de apelación presentado por CATALUNYA BANC, este Tribunal acuerda:

1º) Confirmar en su integridad la sentencia de 12 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número CINCUENTA Y CUATRO de Barcelona.

2º) Imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente, con

pérdida del depósito constituido para recurrir.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469-477-disposición final 16 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, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

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.