

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

SECCIÓN CATORCE

ROLLO .

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 22 BARCELONA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

S E N T E N C I A N° 156/2016

ILMOS. SRES./AS.

PRESIDENTE

D. AGUSTÍN VIGO MORANCHO

MAGISTRADOS

D^a. MARTA FONT MARQUINA

D. RAMÓN VIDAL CAROU

En la ciudad de Barcelona, a cuatro de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO, seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 22 BARCELONA, a instancias de D.

, D^a.

, D^a.

y D^a.

representados por el

Procurador Sr. Pedro Moratal Sendra, contra CATALUNYA BANC, S.A. representada por el Procurador Sr. Ignacio López Chocarro 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 veinte de marzo de dos mil catorce, 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 íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de Don [redacted], Doña [redacted], Doña [redacted] y Doña [redacted] contra Catalunya Banc S.A. y declaro la nulidad por error del consentimiento de la orden de compra de Deuda subordinada de fecha 29.07.92 (1ª emisión) por importe de 30.000 euros celebrada entre aquellos y la demandada, así como el posterior canje de las mismas y venta de fecha 02.07.13 y CONDENO a la misma a devolver a la actora el precio recibido por la contratación de la Deuda subordinada (60.050,50 euros, correspondiendo el importe de 30.050,50 euros a Don [redacted], Doña [redacted] Doña [redacted] y Doña [redacted] y el de 30.000 euros a Don [redacted] y a Doña [redacted], más los intereses legales devengados por esa cantidad desde la fecha respectiva de suscripción de cada uno de los contratos declarados nulos hasta el momento de la restitución y aminorando esas cantidades con los intereses recibidos por los demandantes en virtud del mismo, en su caso si los hubo, con sus intereses legales, debiendo llevarse a cabo la determinación de la cantidad resultante en ejecución de sentencia. Todo ello con condena a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia sin sujeción al límite del 394.3 LEC por la manifiesta temeridad en la oposición".

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 diecisiete de diciembre de dos mil quince.

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

VISTO siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. MARTA FONT MARQUINA de esta Sección Catorce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad bancaria apela la sentencia que declara la nulidad por error en el consentimiento de la orden de compra de deuda subordinada de fecha 29 de julio de 1992 y 24 de noviembre de 2003 respectivamente, así como la nulidad del canje posterior de fecha 2 de julio de 2013.

En el recurso de apelación se reiteran idénticos argumentos y excepciones esgrimidas al contestar a la demanda como la naturaleza del contrato, caducidad de la acción y confirmación del contrato. Alega error en la valoración de la prueba. Combate la imposición de intereses y costas.

SEGUNDO.- Poco cabe añadir a la exhaustiva razonada y correcta sentencia apelada.

Cabe, sin embargo, citar la más reciente sentencia del TS de 25 de febrero de 2016 (sentencia 102/16), que resuelve la práctica totalidad de los motivos de apelación de la apelante, rechazando, en consecuencia, los motivos de oposición aquí esgrimidos.

Analiza el más Alto Tribunal de naturaleza de las obligaciones subordinadas (negocio que aquí nos ocupa (Fto. Tercero). Analiza el error vicio en el consentimiento, con cita de sentencias precedentes en el Fundamento Tercero, apartado B).

En el supuesto aquí planteado oído los testigos depuestos (directores del banco), ha de concluirse de que no se cumplió con el deber de información necesario para evitar el error. Es extrapolable el inciso 7º del citado apartado B) al supuesto de autos cuando dice que:

"7.- En este caso, no consta que hubiera esa información previa, más allá de las afirmaciones interesadas de la empleada de la entidad, que no pueden suplir el rastro documental que exige la normativa expuesta y que en este caso brilla por su

ausencia; y ni siquiera la información que aparecía en las órdenes de compra de los productos, prerredactadas por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza de los productos adquiridos, no se identificaba adecuadamente al emisor de las participaciones preferentes, los datos que se contenían ofrecían una información equivocada, o cuanto menos equívoca, sobre la naturaleza de los productos (como era la del plazo, cuando en realidad se trataba de participaciones perpetuas), y no se informaba sobre sus riesgos".

Baste la declaración de estos legales representantes los cuales nada recuerdan de los actores, como las propias circunstancias de los actores y documentos aportados para esta conclusión.

También el TS examina la caducidad. Esta excepción ha sido resuelta en numerosas sentencias del propio Tribunal.

Dice la sentencia que:

"2.- Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1.301 CC, hemos establecido en sentencias de esta Sala 489/2015, de 16 de septiembre, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, que "[e]n 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".

Respecto a los tan repetidos motivos de oposición, como es la información del contrato por la venta de Fondo de Garantía de Depósitos, así como la naturaleza del negocio, sosteniendo

que se trata de títulos valores, han sido rechazados por todas las Secciones de esta Audiencia Provincial.

En este último sentando las sentencias de la Sección 4ª de marzo de 2015 (ROJ 4920/15) o de la Sección 19ª de enero de 2016, en las que se rechaza de plano la analogía con la compra-venta de objeto cierto (cosa). La adquisición de estos productos no se agota con la adquisición u orden de compra, sino que se produce una larga relación negocial sujeta a derechos y obligaciones que el adquirente de los supuestos "títulos" podría hacer valer.

En cuanto a la confirmación se transcribe la sentencia de esta misma Sección 14ª de 28 de enero de 2016 (recurso 117/14):

"En primer lugar considera que si bien el canje de las participaciones preferentes por acciones fue forzoso, la posterior venta de estas últimas al Fondo de garantía de Depósitos (FGD) fue una decisión libre y voluntaria de las actoras quienes también podían haber optado por mantenerlas en su poder y con dicha decisión de venta se vino a confirmar de forma tácita la compra de las participaciones preferentes purificándola de cualquier vicio del que pudiera adolecer.

Para una mejor comprensión del presente motivo de impugnación conviene recordar que la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), siguiendo las medidas indicadas por la Comisión Europea para prestar asistencia financiera a España en la reestructuración y recapitalización del sector bancario, dictó la Resolución de 7 de junio de 2013 que acordaba implementar acciones de gestión de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada que se tradujeron en la amortización anticipada de todas las participaciones preferentes emitidas por CAIXA CATALUNYA (CX) y la reinversión obligatoria en acciones de la nueva entidad (CATALUNYA BANC SA), culminándose toda esta operación de canje forzoso de las participaciones preferentes con la oferta de compra de las nuevas acciones por parte del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (FGD) para así proporcionar liquidez a los inversores 'atrapados' en aquel producto de inversión.

Y que mediante Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, se modificó el Real Decreto Ley 21/2012 de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero, para posibilitar que el FGD pudiera, en beneficio de todo el sistema, adquirir acciones ordinarias no admitidas a negociación en un mercado regulado, como era el caso de las nuevas acciones de CATALUNYA BANC SAU si bien "a un precio que no exceda de su valor de mercado y de acuerdo con la normativa de la Unión Europea de ayudas de Estado (...) El plazo para realizar la adquisición deberá ser limitado y se fijará por el propio Fondo", de donde resulta que la toma de decisiones por parte de los pequeños inversores, lejos de ser tan libre y voluntaria como sugiere la recurrente, venía muy condicionada y limitada en el tiempo.

Pues bien, este primer submotivo no puede prosperar. Las circunstancias que rodearon al canje de las participaciones preferentes y la posterior venta al FGD de las acciones recibidas a cambio, impiden a este Tribunal compartir la tesis de la purificación del contrato por actos propios que invoca la recurrente pues entendemos, al igual que ocurre con el cobro de los cupones o rendimientos que ofrecían estos títulos, que la venta de las acciones recibidas en canje no puede ser considerada una señal o signo inequívoco de confirmación tácita del contrato previamente celebrado.

Además, debe recordarse que conforme al art. 1.311 Cci, solo hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecuta un acto que implica necesariamente la voluntad de renunciarlo.

Y la venta de las acciones procedentes del canje al FGD aprovechando la ventana de liquidez que dicha organismo ofrecía a los tenedores de estos títulos, pese a que la actora ya tenía que ser consciente del error sufrido en la contratación de las preferentes, 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 que 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'). Resta por ultimo añadir que el propio Tribunal Supremo comparte este planteamiento por cuanto, según expone en su sentencia de 12 de enero de 2015, "no puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncia a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en que solicito la anulación del contrato y restitución del total de las cantidades invertidas"

CUARTO.- Los intereses impuestos desde la fecha de la adquisición se entiende correcta toda vez que, a diferencia de lo sostenido por la apelante, no se reclaman los beneficios que se hubieran podido obtener desde la adquisición de las obligaciones, sino el importe inicial.

Al efecto se transcribe la resolución dictada por esta misma Sala, en interpretación de lo previsto en el artículo 1803 del CC sobre las consecuencias de la declaración de nulidad, en el rollo de apelación 828/14,

"SETÈ.- Falta de pronunciament i motivació respecte a la moderació dels interessos reclamats.

Declarada la nul.litat de la compra de les participacions preferents, la Sentència de primera instància aplica l'art.

1303 del CC i -entre d'altres pronunciaments- va condemnar Bankia a restituir als actors els 29.000 euros del preu de la compra de les participacions preferents, més el seu interès legal des de la data de l'ordre de subscripció.

La recurrent al.lega que la seva condemna a pagar l'interès legal provoca l'enriquiment injust dels actors, i a més que el pronunciament està sense motivar.

D'entrada, no és cert que la magistrada no hagi motivat el pronunciament, ja que el fonament de dret setzè indica que "No existe enriquecimiento injusto de la demandante, como afirma Bankia, por la condena al pago del interés legal, sino que con ello se produce una efectiva restitución a la situación anterior al contrato, y el transcurso del tiempo no beneficiará ni perjudicará a ninguna de las partes". Motivación concisa, però entenem que suficient.

En tot cas, com indiquen les Sentències n° 289/2015 de la Secció 16 y n° 451/2015 de la Secció 1 d'aquesta AP, l'abonament dels interessos legals corresponents al capital de la part actora rebut per la part demandada, calculats des de la data de les respectives ordres de compra, es configura com un efecte legalment associat a la declaració de nul.litat d'acord amb l'art. 1303 del CC, que a més troba el seu contrapunt amb la similar càrrega imposada en la Sentència a la part demandant, que al seu torn ha de restituir a la demandada les quantitats rebudes en concepte de remuneració de les obligacions subordinades, incrementades igualment amb els interessos legals computats des de la data de cadascun dels abonaments. La condemna al pagament dels interessos legals no comporta tampoc un enriquiment injust dels demandats ja que, anul.lades les compres de subordinat, els efectes restitutoris comprensius dels interessos legals es configuren com la conseqüència (legal) obligada d'aquesta invalidació. Això -afegim- amb independència que l'import dels interessos legals pugui ser superior al de l'interès contractual remuneratori d'un contracte de dipòsit a termini o de qualsevol altra eventual inversió del capital, ja que qualsevol suposat increment patrimonial que porti causa d'una disposició legal passa a estar justificat i no és injust".

QUINTO.- Las costas causadas en ambas instancias han de ser impuestas a la parte demandada-apelante, conforme a los artículos 394 y 398 ambos de la LEC.

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

F A L L A M O S

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del apelante CATALUNYA BANC, S.A. contra la Sentencia dictada en fecha veinte de marzo de dos mil catorce por el Juzgado Primera Instancia 22 Barcelona en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR la misma, teniendo en cuenta en ejecución de sentencia la liquidación de los intereses conforme al fundamento de esta resolución, todo ello con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

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.

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.