

Roj: SJPI 87/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:87  
Id Cendoj: 08096420062016100001  
Órgano: Juzgado de Primera Instancia  
Sede: Granollers  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 1872/2014  
Nº de Resolución: 37/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ROSA MARIA BROBIA VARONA  
Tipo de Resolución: Sentencia

Procedimiento Ordinario nº 1872/2014

Juzgado de Primera Instancia nº 6 de **Granollers**

### **SENTENCIA**

En **Granollers**, a 5 de febrero de 2016

Vistos por Doña Rosa María Brobia Varona, magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de **Granollers**, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO número 1872/2014, seguidos ante este Juzgado, entre partes: de una, como **demandante** Mario representado por el Procurador Sr. Molina Gayá. Como **demandados** CATALUNYA BANC SA representada por el Procurador Sr. Alberola Martínez.

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

PRIMERO.- Se presentó demanda declarativa ordinaria por Mario ejercitando una acción nulidad de contratos de adquisición de deuda subordinada, contra Catalunya Banc SA con arreglo a los hechos aducidos en la misma y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare:

1.- La nulidad los contratos de adquisición de deuda, 18 títulos de la 8º emisión, y 8 títulos de la 6º emisión realizadas en 2008, y se condene a la demandada a restituir al demandante 9.000 y 12.000€, es decir 21.000€, más los intereses legales desde el cargo en cuenta de la compra hasta su efectiva liquidación, minorados con los rendimientos percibidos durante la tenencia de los títulos.

Subsidiariamente se declare el incumplimiento contractual de información por parte de la demanda y se condene a indemnizar en concepto de daños y perjuicios al Sr. Mario en 4.709,22€ más intereses legales.

2.- La nulidad del contrato de suscripción de participaciones del Fondo de Inversión de Caixa de Catalunya Propietat FII de fecha 9/11/206 por importe de 15.700€, y a que se condene a la demandada a que restituya los 15.700€ €, más los intereses legales desde el cargo en cuenta de la compra hasta su efectiva devolución minorados con los rendimientos percibidos durante la tenencia de los títulos.

Subsidiariamente se declare la resolución por incumplimiento contractual del contrato de suscripción de participaciones del Fondo de Inversión de Caixa de Catalunya Propietat FII y a que se condene a la demandada a que restituya los 15.700€ €, más los intereses legales. Más la condena en costas a Catalunya Banc.

SEGUNDO.- Mediante decreto de fecha 13 de enero de 2015, se admitió a trámite la demanda y dándose traslado de la misma a la parte demandada para la contestación a la demanda.

TERCERO.- Por el Procurador Sr. Alberola se presentó escrito en nombre y representación de la demandada mediante el cual formulaba oposición a la demanda declarativa ordinaria con arreglo a los hechos alegados en el mismo y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, suplicando se dictara sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda y absolviere a su representada de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- Así mismo se señaló para que tuviera lugar la audiencia previa el día 8 de junio de 2015, citándose a la partes en legal forma y con los apercibimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- Llegado el día y hora señalados, en el acto de la audiencia previa, comparecieron las partes debidamente representadas y defendidas. No habiendo llegado las partes a un acuerdo o transacción y después de solventadas las cuestiones procesales se fijó el objeto de la controversia. En cuanto a las pruebas, por la parte actora se propusieron las siguientes pruebas: Documental por reproducida. Por parte demandada se propuso la documental aportada con el escrito de contestación a la demanda, y la testifical de Romulo y Santos que fueron admitidas.

SEXTO.- El acto del juicio oral se celebró el 4 de febrero de 2016. Al acto del juicio comparecieron las partes, practicándose los medios de prueba propuestos y que fueron admitidos en su día, tras lo cual las partes realizaron las conclusiones sobre la prueba practicada y los fundamentos jurídicos que apoyan sus respectivas pretensiones.

SÉPTIMO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado los preceptos y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Sobre las obligaciones de deuda subordinada

Se interesa la nulidad de los contratos de suscripción adquisición de deuda, 18 títulos de la 8ª emisión (9.000€), y 8 títulos de la 6ª emisión realizadas en 2008 (9.000+ 3.032€),

El actor invoca una serie de incumplimientos por parte de la entidad financiera que, en definitiva, se dirigen a buscar la declaración de nulidad del contrato de suscripción de obligaciones de deuda subordinadas por error en la prestación del consentimiento contractual y por incumplimiento de la normativa específica para contratar este tipo de productos, con restitución de la cantidad de los 21.000 euros que corresponden a la inversión inicial con los intereses legales desde la suscripción de la orden.

La parte demandada alega que el 5 de julio de 2013 por orden del FROB se realizó la conversión en acciones de Catalunya Banc todas las obligaciones de deuda subordinada de la entidad. Y que el 28 de junio de 2013 la actora voluntariamente procedió a vender dichas acciones de Catalunya Banc, dicha venta supone que la actora se desprendió de la cosa objeto del contrato lo que afecta directamente a la acción de nulidad ejercitada y supone la extinción de la misma. Además entiende que confirmó el contrato al cobrar sin mostrar disconformidad, los rendimientos durante el periodo desde la adquisición de los títulos hasta su canje por acciones y posterior venta. Entiende que se debe aplicar la doctrina de los actos propios y con la venta de las acciones para recuperar su capital estaba dando plena validez al contrato, no pudiendo entonces pedir la nulidad del mismo.

Opone también la caducidad de la acción de nulidad puesto que desde las adquirió hasta que presentó la demanda se habían superado los 4 años que establece el art. 1.301 del CC .

Se alega que los comerciales de la entidad cumplieron con su obligación de suministrar la información precisa en la contratación de instrumentos financieros y que excluyen la existencia de error en el consentimiento al haberse entregado a la parte actora la documentación requerida. Así como que ha recibido el folleto informativo de la emisión (dto nº 5 de la contestación a la demanda). Manifiestan que el hecho de que el cliente fuese un metalúrgico no implicaba que no tuviera conocimientos financieros, que ya había comprado deuda subordinada en el pasado, y que en la información que se le dio estaba clarísimo que se le advertía expresamente de que el producto lo garantizaba la Caixa pero que de ir mal ésta podría perder el capital.

SEGUNDO.- De la prueba practicada en este procedimiento entiendo que deben quedar probados los siguientes hechos:

1.- El Sr. Mario era un empleado de metalurgia sin especiales conocimientos financieros, que tras su despido y con la indemnización recibida procedió a invertir sus ahorros para asegurar su posición económica en el futuro. El propio testigo Sr. Romulo , empleado de Caixa Cataluña quien le vendió la deuda subordinada, manifestó en el acto del juicio oral que fue él quien le ofreció ese producto, que no se lo pidió el cliente. Que consideraba -por lo que él conocía del Sr. Mario - que éste era un cliente "de plazo fijo" que no deseaba riesgos, con un perfil prudente y conservador. Manifestó el testigo que al comercializar el producto le dijo que tenía la garantía de la entidad, y que en 2008 nada hacía sospechar ellos que luego sucedió. Que no recordaba si le llegó a explicar que si quería recuperar su dinero tenía que hacerlo en el mercado secundario. Tampoco recordaba si le hizo el test de idoneidad, o si se le entregó folleto informativo. Así mismo afirmó que por aquel entonces este producto estaba calificado como conservador aunque luego todo esto cambió. Pero que no comunicaron a sus clientes este cambio ya que los propios empleados no fueron avisados por la entidad.

Pues bien, en modo alguno ha quedado acreditado que la entidad realizara un test de conveniencia del cliente, ni se le entregara un folleto explicativo, nada se ha aportado a este respecto. El documento mencionado por la demandada aportado como Dto. nº 5 de la contestación a la demanda, podrá ser muy explicativo y específico, pero no existe constancia de que se le entregara al cliente. Hay que recordar que la carga de la prueba de los todos estos aspectos la tiene la entidad demandada.

Es más, ni siquiera el cliente tenía el documento de orden de suscripción de la obligaciones por lo que no pudo aportarlo con la demanda y tampoco ha sido aportado con la contestación a la misma.

2.- En este orden de cosas es necesario tener en cuenta que, atendiendo a los criterios recogidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 y conforme resulta de la doctrina recogida en la STJUE de 30 de mayo de 2013 (dictada con ocasión de un swap pero extrapolable al supuesto de autos), debe englobarse dentro del asesoramiento financiero a toda recomendación realizada por la entidad financiera de suscribir un instrumento financiero (como sin duda lo es la deuda subordinada) "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", doctrina seguida también por las SSTS de 7 y 8 de julio de 2014.

En el supuesto de autos es claro que la adquisición de deuda subordinada por el Sr. Mario fue fruto de una recomendación del banco, así lo reconoció el testigo Sr. Romulo, que fue él quien tuvo la iniciativa y quien propuso la inversión.

TERCERO.- En segundo lugar se deben señalar las notas características de la deuda subordinada y de la normativa que le es aplicable.

Las obligaciones subordinadas comparten con las participaciones preferentes el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los arts. 401 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (EDL 2010/112805), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Las obligaciones subordinadas se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio (EDL 1988/12634) y se refiere a ellas el artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (EDL 1985/8479), modificada por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (EDL 2011/21802), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (EDL 2009/245031).

Comparten con las participaciones preferentes la definición de "híbrido financiero", entendiéndose por tal, una vía de financiación empresarial a largo plazo, a mitad de camino entre las acciones y los bonos. Ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, y se diferencian, entre otros aspectos, en que en caso de concurso de acreedores la prioridad en la prelación de créditos es distinta, siguiéndose el siguiente orden: tras los acreedores con privilegio y los comunes, tienen prioridad las obligaciones subordinadas frente a las participaciones preferentes.

Obedecen al propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros. Son productos de renta fija a largo plazo que conllevan un alto riesgo pues, del mismo modo que sucede con las participaciones preferentes, no están cubiertas por el Fondo de Garantía de Depósitos y *dependen directamente de la solvencia de la entidad*, de modo que si la entidad financiera no alcanza un nivel de solvencia determinado o entra en pérdidas, el inversor no obtiene el rendimiento pactado, y como se ha dicho, no tienen en caso de liquidación ninguna preferencia.

De esa configuración y del régimen regulador aplicable se derivan, dos consecuencias jurídicas fundamentales que resultan relevantes en el presente caso.

La primera de ellas es que permite calificar la adquisición de deuda subordinada como contrato "complejo" desde un punto de vista legal, es decir, no sólo como consideración doctrinal o judicial.

La segunda consecuencia jurídica de la aplicación de las citadas normas a este tipo de contratos determina la exigibilidad a quien los ofrece en el mercado de las especiales obligaciones informativas que se prevén en tales textos legales y que, en líneas generales, tienden a imponer a las entidades que ofrecen estos productos financieros una conducta informativa que permita asegurar que el cliente adopta sus decisiones con pleno conocimiento de causa.

Conviene mencionar que el Tribunal Supremo en Sentencia de Pleno de 18 de abril de 2013, ha concretado cuál ha de ser el estándar de información exigible a las empresas que operan en el mercado de valores en relación con las previsiones del art. 79 y actual 79 bis de la LMV; en este sentido el TS establece doctrina que le lleva a considerar que "las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito", para concretar a continuación que deben facilitar "información completa y clara" y que entre "las exigencias de claridad y precisión en la información" se debe entender comprendida la necesidad de alertar "sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva". Además, el TS expresamente indica que esa obligación de información legalmente requerida se debe traducir en una obligación activa de las empresas que actúan en este ámbito, y no de mera disponibilidad, no bastando, para tener por cumplida esta obligación de información, con la posibilidad de acceso- pues no consta que fueran efectivamente entregados- a los folletos, trípticos o fichas de descripción del producto.

Abundando en esta idea, la STS del Pleno de 20 de enero de 2014 (cuya doctrina es seguida por otras posteriores) indica expresamente que esa complejidad y la asimetría de la relación del inversor de carácter minorista y las entidades financieras determinan la exigencia de una especial protección; necesidad de protección que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015 (S. 16ª) "se acentúa porque, al comercializarlos, las entidades financieras "prestan 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".

Pues bien, en el caso de autos, ni siquiera los trabajadores bancarios que han comparecido como testigos, en concreto el Sr. Romulo que comercializó este producto, parecía ser consciente en aquel momento de los riesgos que conllevaba el producto, señalando al cliente que el producto estaba garantizado por la entidad, como si tal dato fuese equivalente a "producto sin riesgo o de capital garantizado", no comunicándole que no estaba garantizado por el Fondo de Garantía de Depósitos, o que su liquidez dependía de un mercado secundario.

Por otra parte, la información tampoco puede derivarse de la documentación aportada, (no hay órdenes de compra, ni libreta, ni test de idoneidad).

En consecuencia CATALUNYA BANC no justifica, el cumplimiento de su obligación de suministrar al demandante una información suficiente en ningún momento de la relación contractual ni tampoco adecuada al perfil del adquirente, quien, carecían de todo conocimiento financiero.

CUARTO.- En cuanto a la nulidad o anulabilidad de los contratos, hemos de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 Abril 2001, recurso 335/1996 " *Para decidir acerca de la cuestión que el motivo suscita ha de tenerse en cuenta, ante todo, que en sede de ineficacia de los contratos resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1.261 del Código Civil, o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo). Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues:* a) *Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia. b) El vocablo «nulidad» que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1.300, 1.301 y 1.302 ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos «en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261».* c) *Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta. d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambos tipos de nulidad. Puede señalarse, como resumen de lo expuesto, que cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el artículo 1265".* Nulidad relativa o anulabilidad que es la que accionan los actores como acción principal.

La parte actora alega la existencia de error, en la adquisición de deuda subordinada, al respecto, en primer lugar hemos de distinguir entre el error obstativo y el error como vicio de consentimiento, pues aquel sí produce la inexistencia (o nulidad radical o absoluta) del negocio jurídico, al respecto Tribunal Supremo, Sala

Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 abril 2001, recurso 335/1996 " *Ha de añadirse a lo dicho, que según ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 22 diciembre 1999 , es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil , el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos --salvo que sean quienes han producido dicho error-- y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales". En cuanto al error como vicio del consentimiento a los efectos del artículo 1266 Código Civil , se ha de exigir que sea esencial y a su vez no imputable a quien lo padece, en la interpretación reiterada por la jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio 2009, recurso 230/2005 según la cual "Debemos precisar que, para anular el contrato por error de uno de los contratantes, no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia - 30 de septiembre de 1999, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003, 12 de noviembre de 2004, entre otras muchas- al examinar el vicio no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, se 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 producida, se concede dicho amparo a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida "*

De igual modo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009 también es posible apreciar la concurrencia de error como vicio de consentimiento " *en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido "*

Nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a " *que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado "*, de esta manera SSTS 6 de febrero de 1998 , 14 de julio de 1995 , 29 de marzo de 1994 . Lo que, evidentemente, se sigue por nuestras Audiencias, así, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 20 de septiembre de 2011 o de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) de 14 de febrero de 2012 ,entre otras.

Otro aspecto a tener en cuenta es la carga de la prueba de esa deficiencia informativa que, en su caso, puede llegar a provocar el error en el cliente contratante. Y, al respecto , *la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a " quien se ampara en la realidad de dicha información "* ( Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 19 de marzo de 2012 ), es decir, a la entidad demandada corresponde " *acreditar que proporcionó a la (...cliente...) demandante la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar "* ( Sentencia Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) de 21 de noviembre de 2011 )

La diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, a tales efectos Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca Sección 3ª de 19 de septiembre del 2013 recurso 219/2013 " *Por último, y tal como se afirmaba en la ya citada sentencia de esta misma Sala de 16 de febrero de 2012 y en la posterior de 13 de noviembre del mismo año, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005 , en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información "*

QUINTO.- Si tenemos en cuenta la regulación legal de las deuda subordinada, sus características fundamentales, los deberes de la entidad demandada, la condición de cliente minorista del actor, así como la doctrina sobre el error como vicio del consentimiento, hemos de establecer si trasladados al presente supuesto procede o no estimar la anulabilidad del contratos de adquisición de deuda, 18 títulos de la 8º emisión, y 8 títulos de la 6º emisión realizadas en 2008, con los efectos del artículo 1.303 Código Civil .

En el presente caso ha quedado acreditado que el perfil del cliente era minorista, conservador, sin riesgos, y sin conocimientos financieros. Existiendo una falta absoluta de información y claridad por parte de

la entidad del producto que se estaba comercializando, dando incluso la falsa impresión de ser un producto garantizado "por la entidad" cuando nada se decía del resto de riesgos existentes que ya se han explicado.

El error padecido por el actor sobre el producto que contrataba, provocó la adquisición de deuda subordinada, ya que de conocer las verdaderas circunstancias del mismo nunca lo habría contratado.

En suma, el error en que el actor incurrió, supuso una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, error que es esencial puesto que ha afectado a las obligaciones principales del contrato y a la característica de alto riesgo del mismo; sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, sobre la base, ya se ha razonado, de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata, y, sobre todo, del riesgo que asumía; y excusable, pues confió el actor en la palabra de un empleado bancario sin ser consciente de los altos riesgos de un contrato complejo del que no recibió -o no se ha probado que recibiera- la necesaria información para ponderar sus riesgos y decantarse conscientemente sobre su contratación. Razones todas ellas que obligan a estimar la demanda en cuanto a la nulidad de los contratos de obligaciones de deuda subordinadas por vicio del consentimiento.

SEXTO.- Alega la demandada actos contradictorios efectuados por el actora, invocando la teoría de los actos propios.

No se puede acoger tal argumento pues, el hecho de que el cliente haya percibido rendimientos y solo se queje de la incorrecta información cuando conoce las consecuencias adversas de su inversión, y de cuya posibilidad o eventualidad, por muy remota que se estimase, ni siquiera fue advertido, solo pone de manifiesto que fue entonces cuando conoció su error provocado por tal déficit de información.

Tampoco cabe apreciar un efecto convalidante o confirmatorio en el canje impuesto por el FROB ni en la venta a pérdidas de las acciones tras dicho canje impuesto por el FROB. Dichos comportamientos, el primero de ellos, impuesto administrativamente sin que sea exigible de la actora que recurriese dicho acto, más que revelar una voluntad de ratificar un negocio, lo que ponen de manifiesto es la voluntad de minimizar, en la medida de lo posible, los efectos económicamente negativos del negocio concertado sin la información suficiente y, desde esta perspectiva, consideramos que no se dan los requisitos para vincular en la manera que pretende la recurrente a la actora a sus propios actos (ex. arts. 111.8 del Código Civil (EDL 1889/1) de Catalunya y art. 7 del CC (EDL 1889/1)), resultando de aplicación la doctrina jurisprudencial ( SSTS de 16 de septiembre de 2004 o de 28 de septiembre de 2009 ), que rechaza la pertinencia de aplicar la doctrina de los propios actos a los supuestos de "error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia" ya que "el conocimiento viciado es notoriamente incompatible con la exigida intención manifiesta" que requiere dicha doctrina.

SEPTIMO.- Caducidad de la acción de nulidad:

Ésta ha sido una cuestión polémica sobre la que se ha producido una disparidad de criterios en resoluciones judiciales dispares al respecto de las diferentes Audiencias Provinciales, aunque no podemos dejar de advertir que ha venido siendo mayoritaria entre las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona la tesis recogida, entre otras, en las sentencias de 18 de marzo y 25 de abril y 12 de junio de 2014 (Sección 4ª), 8 de mayo de 2014 (Sección 14ª), 27 de junio y 25 de julio de 2014 (Sección 13ª) o 29 de octubre de 2014 (Sección 19ª). En este sentido, esquemáticamente, consideramos: 1.- que el establece que la acción de nulidad (anulabilidad) durará cuatro años; 2.- que se trata de un plazo de caducidad; 3.- que el tiempo comienza a contar desde la consumación del contrato en el caso de error en el consentimiento; 4.- que la consumación se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes; 5.- que no nos hallamos ante un contrato de tracto único, con lo que el contrato no queda consumado en el propio momento de la adquisición de las participaciones preferentes; y 6.- que nos encontramos ante un contrato de tracto o ejecución diferida en cuanto se trata de un contrato de inversión que no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores, pues tal inversión tiene un plazo perpetuo, a lo largo del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo, y se mantienen obligaciones y derechos de gestión (abono de cupones, intereses, custodia, etc.), que no pueden reputarse meras obligaciones accesorias.

Esta tesis ha venido a ser acogida por la STS de 12 de enero de 2015 cuando, al analizar el cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de adquisición de productos financieros complejos por error en el consentimiento, tras un detallado análisis de la cuestión, se decanta por la teoría de la *actio nata*, esto es, a partir del conocimiento del error- vicio, y así termina indicando que:

"Al interpretar hoy el art. 1.301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

*La redacción original del artículo 1.301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.*

*La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1.301 del Código Civil fue redactado, 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 al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).*

*En definitiva, 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 .*

*Por ello , en 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 " .*

Aplicando esta teoría al supuesto de autos es claro que la acción ejercitada por el actor resulta plenamente vigente, pues el canje obligatorio del FROB se produjo en junio de 2013, por lo que hasta la interposición de la demanda no habrían transcurrido los mencionados cuatro años.

#### **OCTAVO.- Sobre el Fondo de Inversión**

En el año 2006 el demandante, tras ser despedido de su trabajo y recibir indemnización acudió a su oficina de Caixa Catalunya, siendo atendido por Santos quien por aquel entonces era director de la oficina. Contratando un fondo de Inversión denominada Caixa Catalunya Propietat FII, concretamente colocó en dicho fondo 15.700€.

Respecto de dicho fondo la CNMV el 30 de septiembre de 2015 acordó su disolución, de forma que en la actualidad los partícipes no pueden realizar nuevas aportaciones al mismo, ni recuperar su capital. Es más, previsiblemente los afectados no podrán recuperar sus ahorros o parte del dinero invertido hasta que concluya el proceso de liquidación ordenada de todo el patrimonio inmobiliario del fondo. Lo que puede ser un proceso largo.

En cuanto a estos fondos contestó la demandada alegando en primer lugar, la falta de legitimación pasiva, ya que ella no es el Fondo de Inversión, por lo que no puede pretender la nulidad del contrato y no podría restituírle la inversión. Alega que ella es una mera gestora del fondo.

En segundo lugar alega la caducidad de la acción de nulidad ya que desde la compra de las participaciones en el Fondo, formalizada en el año 2006, hasta la fecha de la interposición de la demanda han pasado con creces el plazo de 4 años establecido en el art. 1.301 del CC .

Añade que han existido actos propios convalidantes, ya que en este periodo el actor ha cobrado plusvalías, y no ha sido hasta que se ha notificado su liquidación cuando el demandante solicita la nulidad de su contratación.

En cuanto a la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad e información la demandada entiende, que no han sido acreditados. Y en cualquier solicita que sean minorados con los rendimientos obtenidos por la tenencia de dichos títulos. Entiende que Catalunya Banc informó correctamente al demandante, y que la crisis económica sobrevenida inesperadamente, no fue un hecho previsible. Añade que cuando el actor dio la orden de compra de estos productos nadie pudo prever que el escenario cambiaría radicalmente, convirtiendo lo que en su día generaba unos rendimientos por encima de los estándares o con una liquidez muy amplia, en un producto que ya no generaba rendimientos y con liquidez muy reducida.

NOVENO.- Examinemos lo que dice la jurisprudencia sobre el vicio en el consentimiento en este tipo de productos financieros.

La Sentencia nº 460/2014, de 10 de septiembre de 2014, de la Sala Civil del TS recoge jurisprudencia sobre éste extremo:

*" La sentencia del pleno de esta sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.*

*El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.*

*Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.*

*El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) 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 CC ). La jurisprudencia ha exigido que el error sea 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 ( sentencia núm. 215/2013, de 8 abril ).*

*El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.*

*La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Así se declaró en la sentencia de esta sala núm. 113/1994, de 18 de febrero .*

*En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la*

*merece por la confianza infundida por esa declaración (en este sentido, sentencia de esta sala núm. 829/2006, de 17 de julio , y las que en ella se citan).*

*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 sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (...).*

*Sentado lo anterior, ha de precisarse, en primer lugar, que el error sobre las circunstancias fundamentales del riesgo (a qué eventos, y en relación a qué operadores económicos, se asocia el riesgo, si existe o no un fondo de cobertura o si el riesgo de pérdida está cubierto por la entidad con la que se contrata el producto emitido por un tercero) no es un error de cálculo, o « de las previsiones o combinaciones negociales» equiparable a dicho error de cálculo, como se dice en la sentencia recurrida.*

*La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MIFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos . Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.*

*No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores (...).*

*Para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.*

*(...) El deber de información y el carácter excusable del error. Dijimos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.*

*La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.*

*(...) El incumplimiento por las demandadas del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecían a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, determina que el error de los demandantes sea excusable.*

*Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013,*

de 20 de enero de 2014 , «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 ».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión , y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos y servicios, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (...), en tal caso, la omisión de esa información , o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico (...).

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 solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

(...) En definitiva, lo que vicia el consentimiento por error es 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 las empresas de inversión demandadas de los deberes de información que les impone la normativa del mercado de valores cuando contratan con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa .

En la contratación de productos o servicios de inversión con clientes no profesionales, no basta con el conocimiento difuso de la posible existencia de un riesgo que en principio puede suponerse al estar contratando un producto de inversión, ni siquiera la existencia de advertencias genéricas de riesgo; es precisa una información suficiente y clara, suministrada con la antelación adecuada, sobre las características del servicio o del producto, la identidad del emisor, sobre la existencia o inexistencia de garantías y, en su caso, la identidad y características del garante, y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto o servicio contratado, que permita al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato . "

En cuanto a la carga de la prueba de la existencia del error la Sentencia de la Audiencia provincial de Lérida 437/2015. Recurso: 104/2015. Ponente: Maria del Carmen Bernat Alvarez de 29 de octubre de 2015 , establece lo siguiente:

" Al efecto hay que destacar en primer lugar que la carga de demostrar que el consentimiento contractual estaba viciado por un error esencial y excusable, corresponde a quien lo alega. Ahora bien, corresponde a la entidad demandada demostrar que ha dado la información suficiente a su cliente y que ha cumplido con sus obligaciones legales en esta materia, en aplicación del principio de facilidad probatoria que precede el artículo 217.7 de la LEC . Esta distribución de la carga de la prueba resulta de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC y en este sentido se ha pronunciado también reiterada jurisprudencia.

A la luz de la normativa vigente, hemos de preguntarnos si la información suministrada en su día por la entidad bancaria demandada al demandante fue la adecuada. La respuesta que alcanza esta Sala es totalmente negativa al entender que una información como la facilitada por Caixa Catalunya a los demandantes sobre el producto contratado es tan deficiente que no alcanza el estándar básico del código pautado de comportamiento profesional exigido por la normativa que lo regula y que ya más arriba se ha transcrito, cometiendo clara deslealtad con su cliente....

*...Vemos, entonces, que el error está relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado...*

*...Además resulta evidente la complejidad del mismo, que requería una explicación detallada, que tampoco ha quedado acreditado se diese, además de que, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la información que se facilitó al actor, que consta en el resto de documental aportada, no era correcta.*

*La información reflejada en los documentos aportados es insuficiente para conocer el producto y no se ha acreditado que con carácter previo a la contratación, se efectuara información complementaria de tipo verbal o alguna simulación que revelara las circunstancias concretas de la inversión en los distintos escenarios posibles...*

*...En otro orden de cosas, para establecer si la información prestada reúne las condiciones necesarias que permitiesen una correcta formación del consentimiento del actor, se debe atender también a las condiciones subjetivas de éste, esto es, a sus circunstancias concretas de experiencia, nivel de estudios o contratación previa de otros productos.*

En este sentido se debe poner de relieve, ante todo, que el actor debe ser calificado, sin duda, como cliente minorista, que, además, ostenta la condición de consumidor y, por ello, merecedor de la máxima protección, tal y como se desprende de la declaración testifical Don. Eusebio .

*Igualmente en el test de conveniencia practicado al Sr. Florian el 13 de mayo de 2010, se establece como nivel de estudios, estudios universitarios medios y que nunca ha trabajado en el sector financiero.*

*Pone de manifiesto la apelante que con anterioridad el actor había adquirido otros productos de riesgo, tal y como se desprende del documento 10 de la contestación. No obstante, el actor en el interrogatorio practicado, al preguntársele por estos productos, manifestó que eran de sus padres y él sólo figuraba como cotitular, pero no los gestionaba.*

*Dicho extremo fue ratificado por el director de la oficina, Don. Eusebio , en el acto del juicio, manifestando, al preguntársele sobre las inversiones de bolsa que figuran en dicho documento, que no recordaba que el actor tuviese estos productos y sí su padre, aunque tampoco tenía muchos. Reconoció también que él no participaba, aunque figurase como cotitular, añadiendo además que algunos de los fondos que figuran en dicha relación son fondos garantizados, garantizando tanto rendimiento como capital.*

*En definitiva, ha quedado acreditado que ni antes ni durante la celebración del contrato, se ofreció al actor información suficiente para comprender los riesgos que asumía al suscribir los productos ofrecidos por la entidad bancaria, información que se hacía precisa al carecer de conocimientos financieros para comprender estos contratos complejos, perfil moderado del riesgo que en ningún caso niega la propia entidad financiera.*

*Se cumplen, pues, los requisitos del error invalidante, por cuanto el error recae en un elemento esencial del contrato, como es la representación de su objeto y funcionamiento, hasta el punto que esta Sala considera demostrado que el actor no hubiese expresado su consentimiento, si hubiesen llegado a entender su verdadera operatividad y los riesgos que comportaba.*

*Es también un error excusable, dado que el actor no tenían formación ni información económica financiera que le permitiese entender la estructura y funcionamiento de las participaciones preferentes, sin una información detallada y extensa por parte del banco demandado, que ha incumplido sus obligaciones legales de procurarle una información veraz y completa sobre el funcionamiento, finalidad, riesgos y consecuencias de los contratos ..."*

En el presente caso, el Sr. Mario , como ya se ha explicado, ha sido calificado como un cliente minorista, sin conocimientos financieros, y que no deseaba ningún riesgo.

El empleado de la entidad que le ofreció los fondos, fue Santos . Éste en el acto del juicio oral manifestó que cuando el Sr. Mario contrató los fondos él llevaba pocos meses en la entidad. Que aunque no recordaba bien al demandante creía que tenía un perfil medio conservador, no muy arriesgado. Reconoció que fue él quien le ofreció el producto, ya que tenía un abanico de productos a comercializar y el cliente no los conocía. Aunque dijo que le informó correctamente, no ha quedado acreditado que se le realizará ningún test de conveniencia, o simulación. Añadió que por aquel entonces era un buen producto, garantizado por la entidad. Que no le explicó que podía perder el capital, manifestó que le diría que el capital no se garantizaba, y que aunque creía que le comentó que el producto podía fluctuar, entonces era difícil que bajara. Afirmó que en efecto, en la entidad existía una campaña para la comercialización de ese producto y que era un buen

producto. En cuanto a su liquidez, manifestó que le dijo que tenía ventanas de liquidez cada 6 meses a precio de mercado.

Preguntado por qué no se tramitó su orden de venta el 24 de abril de 2013, antes de la liquidación del fondo, manifestó que lo desconocía, que el fondo estaría cerrado.

Con la declaración del testigo se vino a evidenciar que el Sr. Santos conocía mucho menos al cliente que lo que años más tarde le llegó a conocer el otro testigo Sr. Romulo . Que a pesar de que no consta que se le hiciera informe alguno o test de conveniencia o riesgo, él sacó en conclusión, que era un cliente de perfil medio conservador. Se pudo comprobar que la convicción de este empleado era que el Fondo era un buen fondo, con buena rentabilidad, seguro porque lo garantizaba la entidad, y con liquidez porque tenía ventanas de liquidez.

Pues bien, con la información facilitada (Doc. nº1 de la demanda, orden de compra), la impresión que se le daba al cliente de seguridad y prudencia del Fondo estaba lejos de la realidad. Puede que en efecto en aquella época dicho Fondo fuese rentable, pero de la misma no se desprende que estaba al albur del mercado, que en caso de querer vender debía esperar a las "ventanas de liquidez" y que se venderían al precio de mercado de ese momento, y que lo contratado no era ningún depósito sino participaciones en empresas sujetas a la fluctuación del mercado.

La consecuencia que se deriva de cuanto queda expuesto, no puede ser otra que la estimación de la demanda también respecto de éste en este segundo producto, ya que existió igualmente o incluso en mayor medida omisión de información sobre elementos esenciales de los contratos y concurre error excusable en la prestación del consentimiento, derivado de esa falta de información, según se desprende de las pruebas practicadas, con las consecuencias jurídicas procedentes de acuerdo con lo dispuesto en los Arts.1.261 , 1.265 y 1.300 y concordantes del Código Civil , es decir que se estima la nulidad del contrato de adquisición de las participaciones del mencionado Fondo.

DÉCIMO.- En cuanto a la falta de legitimación pasiva por ser solo intermediario en la compra del fondo hay que decir lo siguiente.

En el caso que aquí se analiza se constata que la entidad bancaria del demandante era Caixa Catalunya, que eran los empleados de ésta la que ofrecían productos, convencían al cliente para que los adquiriesen, por lo que también una relación de depósito y administración de los bienes adquiridos. No es posible estimar la falta de legitimación pasiva, pues en toda actividad de intermediación (como es el mandato, la comisión, o cualquier otra relación por la que se comercializan productos ajenos), se dan dos planos diferenciados: el propio de la intermediación entre el mediador y el cliente, en el cual se gesta el contrato proyectado, y del que deriva las consecuencias del acto al definitivo titular de la obligación, de tal forma que en ambas relaciones jurídicas se dan derechos y deberes distintos. En la intermediación, la información de las características del producto la ha de dar aquel que tiene relación con el cliente y comercializa el producto, siendo otra cosa distinta que el emisor, a su vez, esté obligado a publicar los datos precisos que exija la normativa aplicable.

Pero es más, ciertamente el Fondo fue emitido por Catalunya Caixa Inversiones, que pertenece al Grupo Gestor Caixa Catalunya, Taragona i Maresa (Catalunya Caixa), al que pertenece también Catalunya Banc.

Hay que recordar que Catalunya Banc es un banco que fue creado por la Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (CatalunyaCaixa) el 7 de junio de 2011 para desarrollar su actividad financiera. El 21 de julio de 2014, BBVA logró hacerse con Catalunya Banc mediante un procedimiento de subasta por 1.187 millones de euros. El 24 de abril de 2015, BBVA completó la compra de Catalunya Banc, una vez formalizada la adquisición del 98,4% del capital social por 1.165 millones de euros. Catalunya Banc sigue utilizando la marca comercial Catalunya Caixa.

En definitiva, Caixa Catalunya -ahora Catalunya Banc- no fue una mera intermediaria o comercializadora en la operación, pues las entidades emisoras pertenecían todas al mismo grupo empresarial; de modo que las cuestiones indirectas con las emisoras de los títulos y los apuntes contables entre las sociedades del mismo grupo son ajenas completamente a la ahora demandante que únicamente mantuvo contacto y finalmente contrató con Caixa Catalunya, que es quien le vendió las participaciones en el Fondo CX Propietat, FII de su propio grupo empresarial.

UNDÉCIMO.- Al estimar la demanda, según lo dispuesto en el art. 394.1 LEC , deben imponerse a la parte demandada las costas procesales causadas.

**FALLO**



QUE ESTIMO LA DEMANDA formulada por Mario representado por el Procurador Sr. Molina Gayá contra CATALUNYA BANC SA. DEBO DECLARAR la nulidad de:

- a) El Contrato adquisición de deuda subordinada, 18 títulos de la 8º emisión (9.000€), y 8 títulos de la 6º emisión realizadas en 2008 (9.000+ 3.032€),
- b) La orden de suscripción de participaciones del Fondo de Inversión de Caixa de Catalunya Propietat FII.

CONDENANDO a la demandada a devolver al actor la cantidad de 21.000€, con aplicación del interés legal devengado desde el instante en que se materializó la orden de compra de deuda subordinada. El actor deberá devolver a la demandada los dividendos -de haberlos percibido- y el producto de la venta de las acciones canjeadas, con el interés legal del dinero desde la fecha de liquidación u obtención, cantidades éstas últimas, que se compensarán con las cantidades a las que ha sido condenada la demandada.

CONDENANDO a la demandada a devolver al actor la cantidad de 15.700€, con aplicación del interés legal devengado desde el instante en que se materializó la orden de suscripción del fondo. El actor deberá devolver a la demandada los dividendos repartidos en su caso, con el interés legal del dinero desde la fecha de pago de éstos, cantidad ésta última que se compensará con la cantidad a la que ha sido condenada al pago la demandada. El actor deberá devolver los títulos a la demandada.

Se imponen las costas de este proceso a la parte demandada.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones e incorpórese el original al Libro de Sentencias.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes. Se indica que contra ella cabe recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial en el plazo de VEINTE días a partir del siguiente a su notificación que deberá formalizarse en este Juzgado por escrito debiendo efectuar en calidad de depósito la consignación de la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado ( Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 3 b) de la L.O. 1/09 de 3 de noviembre .

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública ordinaria en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe.-