

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm. 216/2013

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 13 BARCELONA

JUICIO VERBAL N° 1256/2012

S E N T E N C I A núm. 37/14

Ilmos. Sres.:

Don José Antonio Ballester Llopis

Doña Maria Pilar Ledesma Ibáñez

Doña María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a treinta de enero del dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio verbal, número 1256/2012 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 13 Barcelona, a instancia de quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra CATALUNYA BANC, S.A., quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de CATALUNYA BANC, S.A. contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 25 de enero de 2013, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

RECEPCIÓ		NOTIFICACIÓ	
-3-02-14 / -4-02-14			
Article 181.2		L.E.C. 1/2000	



ANTECEDENTES DE HECHO

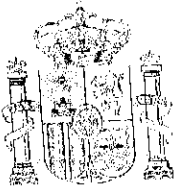
PRIMERO.- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo estimar y estimo totalmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Don José Rafael Ros Fernández, en nombre y representación de DOÑA [redacted], sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad y demás pedimentos, contra CATALUNYA BANC, declarando la nulidad del contrato suscrito entre las partes en fecha 4 de Marzo de 2011 por el que Doña Mª

adquirió 5 participaciones preferentes de CATALUNYA BANC, S.A y condenando a la demandada CATALUNYA BANC S.A a la devolución a la actora del principal invertido (5.000 euros) y los frutos que el capital ha generado, que se materializan en el interés legal interesado devengado desde el instante en que se materializó la correspondiente orden de compra como medio de lograr un justo reintegro patrimonial hasta la fecha del dictado de la presente sentencia y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha del dictado de la presente sentencia hasta el completo pago de la cantidad adeudada conforme al artículo 576 de la LEC. Empero, del mismo modo deberá la actora reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses o cupones abonados durante el periodo de vigencia de las participaciones (que según la actora se fijan en 57'60 euros) con el interés legal del dinero desde el instante en que se formalizaron hasta la fecha del dictado de la presente sentencia.

No hay condena en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de CATALUNYA BANC, S.A. y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.



TERCERO.- De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado veintinueve de enero de dos mil catorce.

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

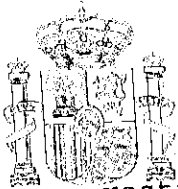
VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a Maria Pilar Ledesma Ibañez .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Por la representación de CATALUNYA BANC (antes CATALUNYA CAIXA) se interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada el día 25 de enero de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n° 13 de Barcelona en los presentes autos de Juicio Verbal n° 1256/2012.

La referida resolución estimó la demanda presentada contra la apelante a instancia de D^{ña}. ; en ejercicio, con carácter principal, de una acción de nulidad, por error determinante de vicio del consentimiento, del contrato de suscripción de participaciones preferentes suscrito con la entidad demandada, con pretensión condenatoria de reintegración de la cantidad depositada en dicho productor bancario (5.000.-euros) más sus intereses legales a contar desde la fecha de suscripción del contrato (4 de marzo de 2011), previa deducción de la cantidad correspondiente a los intereses abonados a la demandante (57,60.-euros).

La resolución de primera instancia estima, en síntesis, que la demandada no cumplió con los deberes de información que legal y reglamentariamente le incumben, induciendo a la actora a incurrir en error en la contratación, por lo que declara la nulidad del referido contrato de adquisición de participaciones preferentes (PPR) y ordena la recíproca



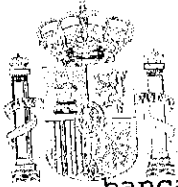
restitución de las cantidades abonadas por cada una de las partes, con más sus respectivos intereses, con condena a la demandada al pago de las costas procesales causadas en la instancia, todo ello en los términos que constan en el fallo de la resolución impugnada, transcrito en los antecedentes de la presente.

La apelante, CATALUNYA BANC, sustenta su recurso alegando error en la valoración probatoria defendiendo que, de lo actuado, se desprende que la información del producto que facilitó a la actora fue suficiente, relevante y completa como para que, esta última, que cuenta con estudios superiores al haber sido hasta su jubilación catedrática de instituto, comprendiera los riesgos y características del producto que compraba, de manera que no puede sostenerse la concurrencia de un vicio de error en el consentimiento. Por otro lado, se viene a alegar en el recurso la indebida aplicación de las normas de la carga de la prueba y, así, con invocación de la doctrina contenida en la STS de 12 de febrero de 2013, se defiende que corresponde a la actora la carga de acreditar la concurrencia del error o vicio del consentimiento postulado, pues, de lo contrario, el consentimiento debe presumirse válidamente otorgado.

Solicita, en suma, que, con estimación del recurso, se desestime en su integridad la demanda inicial de las actuaciones con imposición a la actora de las costas causadas en la instancia.

La apelada solicita la confirmación de la sentencia recurrida mostrando, en síntesis, su conformidad con los argumentos expuestos por el juzgador de instancia.

SEGUNDO.- Partiendo de los anteriores antecedentes, y tras la revisión en esta alzada de la prueba practicada, consistente en la documentación aportada por las partes litigantes y el testimonio prestado por DÑA. [redacted], empleada de la demandada, que fue la persona que en nombre de la entidad



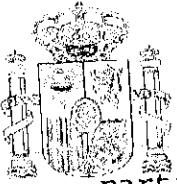
bancaria negoció con la actora la suscripción del contrato impugnado, debemos considerar acreditados los siguientes hechos:

1º) La actora, DÑA. era
funcionaria de enseñanza, con cargo de catedrática de instituto, según resulta de la copia del BOE de 3 de enero de 2008, acompañada por la demandada en el acto de juicio (folios 139 y ss.).

2º) En febrero de 2011 tenía concertados con la demanda dos planes de pensiones: uno, en la modalidad comercial de "Plan de Pensiones Creixement 40", en el que tenía depositados 21.466,47.-euros, y otro, en la modalidad "Plan de Pensiones Estabilidad", en donde tenía depositados 13.569,94.-euros. (docs. nº 1 y 2 de la demanda). Ambos productos eran de renta variable.

3º) En fecha de 4 de marzo de 2011, como quiera que la próxima jubilación de la actora le impedía mantener los referidos planes de pensiones, la actora concertó con CATALUNYA BANC las siguientes operaciones: a) una imposición a plazo fijo por importe de 13.500.- euros, a un interés del 4,1 %, y b) la suscripción de participaciones preferentes de la entidad por un nominal de 5.000.-euros.

Se debe significar, en primer lugar, que para la concesión del indicado interés a plazo fijo era condición imprescindible las suscripción de esas participaciones preferentes, pues, en caso contrario, el interés fijo quedaba reducido al 1%. Dicha condición se expresaba del siguiente modo en el contrato de depósito a plazo fijo (acompañado como doc. 4 bis junto a la demanda): *"el tipus d'interès nominal pactat en aquesta imposició està condicionat a que els titulars formalitzin la compra de participacions preferents sèrie A o sèrie B emeses per Caixa Catalunya per import igual o superior a la tercera part del nominal d'aquesta imposició i mentre aquesta inversió es mantingui com a mínim fins al venciment d'aquesta imposició. En cas de que no es produeixi la compra de*



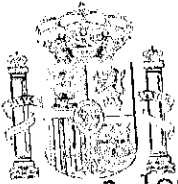
participacions preferents o els titulars venguin o transfereixin els esmentats títols abans del venciment de la imposició, Catalunya Caixa està facultada per modificar el tipus d'interès nominal d'aquesta imposició i situar-lo en l'1%".

Se debe hacer constar asimismo que, como titulares de esta imposición, aparecían también los hijos de la actora cuyas firmas sin embargo no aparecen recogidas en el contrato aportado (como tampoco la de la propia Sra. CASTANYS, quien, en todo caso, admite, al aportarlo, la suscripción de este documento).

4º) En la orden de compra de las participaciones preferentes (documento acompañado por la demandada al responder a la petición de prueba anticipada de la actora y que obra en autos al folio 80) se contienen, para describir el producto, las siguientes menciones: "PERFIL DE PRODUCTE: AGRESSIU"; "DEFINICIÓ DEL PERFIL DE PRODUCTE. Productes indicats per a inversors que busquen la rendibilitat de la renda variable amb un horitzó superior a 3 anys i estiguin disposats a assumir disminucions a curt termini de la inversió i majors volatilitats"

5º) El propio día 4 de marzo de 2011 la actora suscribió un test de conveniencia, conforme al cuestionario que le fue planteado de cuyo resultado se derivaba la consideración de la actora como un cliente con un conocimiento financiero avanzado, si bien, los únicos productos financieros con renta variable contratados con anterioridad eran los planes de pensiones a los que hemos hecho referencia en el anterior ordinal segundo de estos hechos, conforme resulta del testimonio prestado por la Sra.

TERCERO.- A la vista de los anteriores datos, debemos avanzar que este Tribunal no puede sino compartir los claros y exhaustivos razonamientos expuestos por la juzgadora de primer grado en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida,



a los que poco cabe añadir, pues entendemos que las alegaciones vertidas en el recurso que analizamos no desvirtúan los argumentos sostenidos en la resolución impugnada.

La sentencia que se recurre describe, en su fundamento jurídico tercero, la naturaleza y características del contrato suscrito por las partes, de adquisición de participaciones preferentes, para concluir, a partir de las notas que señala, que se trata de un contrato complejo.

Abundando en dicho razonamiento, conviene traer a colación la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 15 de enero de 2014, en cuyo fundamento jurídico cuarto se ocupa de analizar el ámbito normativo y naturaleza de las participaciones preferentes, para, con ello, poner de manifiesto las exigencias de conocimiento del producto por los clientes, en orden a poder dar por comprendidos y asumidos los riesgos que dicho producto financiero entraña.

Conforme indica dicha resolución, cuyos argumentos suscribimos, "la actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación del sistema de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento, así como las normas relativas a los instrumentos financieros y a los emisores de esos instrumentos. En la letra h) del artículo 2 se incluyen como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

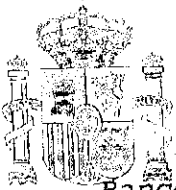
Las participaciones preferentes aparecieron reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como



recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos exigidos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero de la Ley 6/2011, de 11 de abril, 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, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el

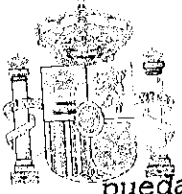


Banco de España).

En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera, ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es en efecto un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda que en los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes.

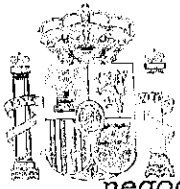
Debe destacarse que las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y que, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre



pueda erróneamente hacer interpretar, como inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes. En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez.

En definitiva, las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Es un elemento jurídico a medio camino entre las acciones y las obligaciones de las sociedades. Se trata de un instrumento de captación de capital que consiste en la emisión de la deuda, cuyo rendimiento se concreta en el hipotético pago de unos intereses, condicionado a que la entidad tenga beneficios.

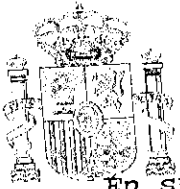
Con vocación definitiva dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de enero de 2.013 que "las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se



negocian en un mercado organizado... No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión... ".

Las participaciones preferentes son un producto complejo, en modo alguno sencillo, destinado tradicionalmente a inversores con experiencia en instrumentos complejos, con plena consciencia de que existe un riesgo de pérdida de la inversión, de falta de liquidez inmediata y que requiere para su comprensión de conocimientos técnicos suficientes. El carácter complejo de las participaciones preferentes encuentra reflejo normativo en el actual artículo 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores , que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios, éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las " (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo."

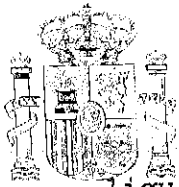
En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquéllos en los que concurren las siguientes tres condiciones: "(i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento ".



En su consecuencia, la participación preferente es claramente calificable como valor complejo, porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos. En este sentido, cabe señalar que la Comisión Nacional del Mercado de Valores señala en su página web que las participaciones preferentes son un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.

A pesar de ese carácter complejo del producto participaciones preferentes y de que, como expusimos, tradicionalmente estaba destinado y era utilizado por inversores con experiencia en ese tipo de productos, es lo cierto que en el panorama financiero actual hemos asistido a la comercialización generalizada del mismo a personas que carecen de aquellos conocimientos. La comercialización masiva de las participaciones preferentes en los últimos años se ha debido fundamentalmente, como se señala en la sentencia de 23 de julio de 2013 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, "a la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras, pues la inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas; es decir, que iban dirigidas a transformar en patrimonio neto el pasivo de clientes de las entidades de crédito que tenían sus ahorros en depósitos bancarios, como una política de reforzamiento de sus recursos propios".

La referida sentencia concluye que "se trata de productos complejos, volátiles, híbrido a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese período. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas" y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes", pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la



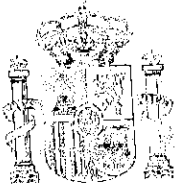
liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados y, tan sólo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985 , según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio).

Sin que tampoco pueda olvidarse la complejidad que encierra la vocación de perpetuidad insita en la naturaleza de dicho producto, pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución, sino que, antes al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada, que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado en el panorama financiero actual ante la falta de demanda".

CUARTO.-Una vez establecidos los contornos de la figura contractual que nos ocupa y la normativa aplicable, es necesario poner de relieve que, de dicho régimen regulador, se derivan dos consecuencias jurídicas fundamentales que resultan relevantes en el presente caso.

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

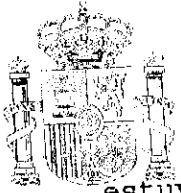
La segunda consecuencia jurídica de la aplicación de las citadas normas a este tipo de contratos determina la exigibilidad a quien los ofrece en el mercado de las especiales obligaciones informativas que se prevén en tales textos legales y que, en líneas generales, tienden a imponer a las entidades que 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 (TS), 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.

Las anteriores normas determinan, además, que corresponda a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos, es decir, por una elemental aplicación del principio de facilidad probatoria (ex. art. 217 LEC), la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quien se ampara en la realidad de dicha información.

Sentado lo anterior, dado que el debate pivota sobre el análisis del comportamiento de la entidad bancaria, aquí apelante, en orden a determinar si pudo inducir a la actora a error que invalidara su consentimiento, debemos advertir que, si bien es cierto que el incumplimiento del deber reforzado de información que recae sobre la entidad de inversión no supone, sin más, la concurrencia de error ni implica una presunción de que éste se ha producido, correspondiendo a quien lo invoca la carga de acreditar su concurrencia, tal y como alega la parte recurrente, no puede desconocerse tampoco que el hecho de que no se prestara la información necesaria constituye un elemento importante para entender que el consentimiento del cliente no

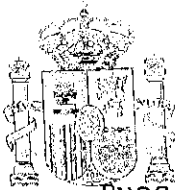


estuvo bien formado.

En este sentido, debe señalarse que el error, como vicio del consentimiento, tal y como resulta de lo previsto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil (CC), puede ser definido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida.

Ahora bien, para que el mismo determine la ineficacia contractual no basta simplemente con que concurra dicha falsa representación o conocimiento de la realidad. El Tribunal Supremo (TS) en doctrina jurisprudencial consolidada exige, para apreciar la concurrencia de error como vicio invalidante del consentimiento contractual, que exista por parte del contratante que lo alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento.

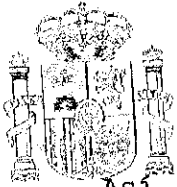
Como indica la sentencia de esta misma Audiencia Provincial (Sección 14ª) de 29 de noviembre de 2013, "el error-vicio es aquel que influye en la determinación interna del contratante de manera que le induce a tomar una decisión que, en otros casos, no hubiera tomado. Para que invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (art. 1266 CC). Lógicamente la información precontractual recibida motivará a prestar la declaración de voluntad si aquella está estrechamente conexiónada con el objeto del contrato en relación a sus condiciones esenciales (STS de 6 de junio de 2013). Y si bien no siempre es equiparable en términos absolutos la falta de aquella información precontractual y el error vicio, "en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba" (STS 21 de noviembre de 2012)"



Pues bien, habiéndose revisado en esta alzada el material probatorio obrante en autos y la vista de los hechos que hemos considerado acreditados, este Tribunal coincide, como se ha avanzado, con los razonamientos y la valoración probatoria que efectúa la juzgadora de instancia, debiendo ratificarse la declaración de nulidad, con los efectos a ello inherentes en los términos en que viene acordada, del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito entre las partes en fecha 4 de marzo de 2011; ello tanto en aplicación de la normativa general contenida en el CC acerca del error vicio invalidante del consentimiento negocial, como al amparo de la normativa sectorial específica, antes reseñada, que estimamos incumplida por la mercantil apelante en lo que respecta a sus deberes de información correcta, completa, previa y comprensible a prestar a su cliente, la actora apelada.

En primer lugar, debemos indicar que, atendiendo a la literalidad del contrato, a criterio de esta Sala dicho documento no expresa de forma clara y fácilmente comprensible las condiciones esenciales y los efectos ordinarios que para cada contratante se derivan del contrato y, mucho menos, los riesgos que el mismo entrañaba para la actora. Así, en la orden de compra aportada, como hemos señalado al enunciar los hechos acreditados, no se define la dinámica del contrato, y las únicas referencias que se contienen con respecto al mismo es la calificación, al definir el perfil del producto, de que se trata de un producto "agresivo", y que viene indicado para "inversores que busquen una rentabilidad de renta variable con un horizonte superior a tres años y que estén dispuestos a asumir disminuciones a corto plazo de la inversión y mayor volatilidad"; con ello únicamente se pone de manifiesto, de manera genérica, que se trata de un producto de riesgo, pero en ningún caso se especifica su mecánica ni, por ende, de qué factores depende el riesgo supuestamente asumido.

Es más, no consta tampoco acreditado que CATALUNYA BANC entregara a la actora los folletos explicativos del producto.



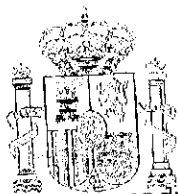
Así, el folleto simplificado, denominado "folleto informativo de la 1ª emisión de Participaciones Preferentes", acompañado por la demandada junto a su escrito de 28 de diciembre de 2012 por el que adjuntaba la documentación que le había sido requerida como prueba anticipada y que obra al folio 85 de las actuaciones, aunque se dice que había sido entregado a la actora, lo cierto es que no aparece suscrito por la misma en prueba de su recepción, y el llamado "folleto informativo completo", acompañado en idéntica ocasión y que obra en autos a los folios 86 a 135, según reconoció la testigo Sra.

(min. 24:11), no fue entregado a la actora debido a lo prolijo del mismo.

Todos estos datos nos llevan a concluir que se trataba sin duda de un contrato complejo para cuya comprensión no bastaba con la literalidad del documento en que se plasmó, dificultad de comprensión que por tanto no era posible salvar a partir de la mera lectura de dicho documento, a excepción de que el cliente fuera un experto en productos financieros complejos, lo que, como exponremos, tampoco nos consta acreditado en el supuesto de autos.

Así las cosas, estimamos que esa complejidad inherente al contrato suscrito sólo podía ser superada si la entidad bancaria oferente del producto hubiese proporcionado cumplidamente la información necesaria en los términos antes consignados que le impone la normativa sectorial reseñada, debiendo insistirse, además, en que la carga de probar que dicha información fue suministrada en esas condiciones, corresponde a la entidad bancaria, tanto por tener legalmente atribuido dicho deber de información, como por aplicación del principio de facilidad probatoria.

En este sentido, es necesario poner de manifiesto que la misma testigo, Sra. a preguntas del Letrado de la actora, admitió que no informó a la actora de la falta de liquidez del producto, señalando que no concurría tal falta de liquidez. Lo cierto es que, por las características del

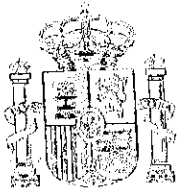


producto, expuestas en fundamentos precedentes, y en especial teniendo que se trata de un producto a perpetuidad y que opera en el mercado secundario, entendemos que, como mínimo, hubiera sido necesario, para que la actora tomara una conciencia cabal del producto que se le ofrecía, que se le informara, y no consta que se haya hecho así, de las dificultades de liquidez que dicho producto entrañaba, máxime tomando en consideración la condición de jubilada y pensionista de la Sra. que hacen presumible que pudiera tener necesidad de liquidez o disponibilidad de efectivo en un plazo no muy dilatado.

De hecho, esas dificultades son admitidas por la propia entidad demandada en la carta que remitió a la actora en fecha 17 de agosto de 2012 en respuesta a las quejas que a su vez le había remitido la actora con respecto a la adquisición de participaciones preferentes. Así, en dicha carta (acompañada como doc. nº 6 de la demanda) la entidad demandada indica expresamente que: *"Ha de saber que, per la seva naturalesa, aquest tipus de títols, comercialitzats per totes les entitats financeres, obtenen la seva liquiditat a través de la seva negociació en un mercat secundari, per la qual cosa no es poden vendre als preus desitjats si no existeixen compradors. El descens en la demanda i comercialització d'aquests productes arran de la situació financera global, ha provocat una paràlització total del mercat i la impossibilitat de poder executar les ordres de venda"*.

En otro orden de cosas, para establecer si la información prestada reúne las condiciones necesarias que permitiesen una correcta formación del consentimiento de la actora, se debe atender también a las condiciones subjetivas de esta última, 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 la actora debe ser calificada, sin duda, como un cliente minorista, que, además, ostenta la condición de consumidora y, por ello, merecedora de la máxima protección.

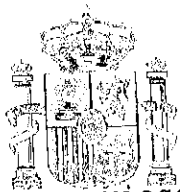


La recurrente ha defendido que la condición de catedrática de instituto de la actora le acredita como alguien con estudios superiores y de ello deduce que era capaz de hacerse perfecto cargo de la transcendencia económica y características del contrato que suscribía. No podemos compartir dicha apreciación pues dicha capacitación profesional no permite deducir que la actora fuera una experta en productos financieros complejos como el que nos ocupa.

También se alega que, al tiempo de la contratación, la actora suscribió el llamado test de conveniencia, que efectivamente obra en autos según se ha reseñado anteriormente (vid folio 81), y cuyo resultado permitió definir a la actora como un cliente con un avanzado nivel de conocimiento financiero, señalándose que la misma tenía el conocimiento y la experiencia inversora necesaria suficiente para contratar productos de ahorro e inversión, incluidos aquéllos con riesgo de rentabilidad y capital.

No negamos que la actora suscribiera dicho documento, pero, si confrontamos sus resultados con las declaraciones de la testigo, Sra. que fue quien sometió a la actora a dicho cuestionario, no nos parece que podamos sentirnos vinculados por las conclusiones que en el mismo se alcanzan en orden a determinar el perfil inversor de la Sra.

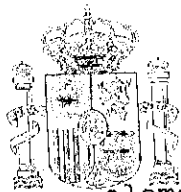
Ello, en primer lugar, porque la propia testigo reconoce que el test no fue rellenado a partir de las informaciones proporcionadas por la actora, sino a partir de los datos que, con relación a la misma, obraban en el sistema informático de la entidad demandada. En segundo lugar, resulta cuando menos paradójico que se califique a la actora de experta financiera cuando, en la contestación a la pregunta de cuál es su sector de actividad profesional, se consigna que nunca ha trabajado en el sector financiero. En tercer lugar, es necesario poner de relieve la extrema vaguedad e imprecisión de las preguntas contenidas en dicho test. Así, como ejemplo de relevancia para este litigio, la actora aparece como contratante, en los dos años anteriores a la formulación del test, de productos con



riesgo de capital y rentabilidad; ahora bien, la repetida testigo señaló que con dicha respuesta se venía a hacer referencia a contratación por la actora de los planes de pensiones antes referidos, de rentabilidad variable, y, aunque ello no deje de ser cierto, nos parece que la complejidad que revisten dichos productos, los planes de pensiones, es muy inferior, y por tanto no parangonable, a la que supone la adquisición de un producto tan complejo como las participaciones preferentes, con lo que, desde luego, no podemos asumir la conclusión de que el hecho de haber contratado dichos planes de pensiones convertida a la actora en una experta financiera avezada.

Por último, entendemos que, de los datos que obran en autos, es razonable suponer que fue la entidad bancaria quien tuvo la iniciativa de la contratación, esto es, quien ofreció a la actora la adquisición de participaciones preferentes. Ello se deduce, en primer término, de la propia naturaleza del producto que, en última instancia, no deja de ser un vehículo de capitalización de la propia entidad bancaria, y, en segundo término, del hecho de que la adquisición de participaciones preferentes se impuso por la demandada recurrente como una condición para obtener un interés elevado en la imposición a plazo fijo, que es un producto financiero de carácter mucho más conservador y, a nuestro juicio, más acorde con el perfil económico de la Sra.

Consecuentemente con lo expuesto, partiendo de la premisa de que para prestar consentimiento libre, válido y eficaz es necesario haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, al no haberse acreditado que se haya proporcionado por la entidad demandada, aquí apelante, la información adecuada sobre el contrato que se suscribía, no se puede considerar que la demandante fuera consciente de lo que contrataba, provocando dicho déficit de información un error excusable en el cliente, que recaía sobre



elementos sustanciales del contrato, lo que determina la nulidad del mismo por error en el consentimiento.

Las consideraciones precedentes determinan la desestimación del recurso compartiendo esta Sala los acertados argumentos de la juzgadora de instancia.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada (ex. art. 398 LEC).

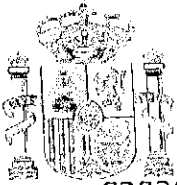
Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CATALUNYA BANC, S.A. contra la sentencia dictada en fecha de 25 de enero de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Barcelona en autos de Juicio Verbal número 1256/2012 de los que el presente Rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución. Todo ello con expresa imposición a la recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de




casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

Administració de Justícia a Catalunya • Administració de Justícia en Catalunya

 IL·LUSTRE COLEGI D'AVOCATS I ABOGATS DE BARCELONA	
RECEPCIO	NOTIFICACIO
- 3 - 02 - 14 / - 4 - 02 - 14	
Article 151.2	L.E.C. 1/2000