



## Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 7 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549420  
FAX: 935549520  
EMAIL: instancia20.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148111942

### Procedimiento ordinario 574/2014 -D2

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:  
IBAN en formato electrónico: ES5500493569920005001274  
IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274  
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona  
Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado

Parte demandante/ejecutante:  
Procurador/a: Juan Alvaro Ferrer Pons  
Abogado/a: Lluís Ferrer de Nin

Parte demandada/ejecutada: CATALUNYA BANC,  
S.A.  
Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem  
Abogado/a: Ignasi Fernández de Senespleda

Objeto del juicio: nulidad de contratos de adquisición de obligaciones subordinadas por vicio de consentimiento derivado de error y subsidiariamente incumplimiento contractual con indemnización de daños y perjuicios

## SENTENCIA Nº 65/2015

**Magistrada: Rocio Ortega Atienza**

**Lugar: Barcelona**

**Fecha: 31 de marzo de 2015**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El 14 de mayo de 2014, después del correspondiente turno de reparto, tuvo entrada en este Juzgado una demanda de juicio declarativo ordinario presentada por el procurador Álvaro Ferrer Pons en representación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX contra CATALUNYA BANC SA. En dicha demanda se indicaba que la actora era heredera de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX que había invertido 14.424,24 € en deuda subordinada perpetua habiendo perdido 9.169,17 € y posteriormente deuda subordinada de la cuarta emisión de Caixa Manresa perdiendo 765 €, habiendo sufrido por tanto un perjuicio de 9.934,17 €. Indicaba que la Sra. XXXXXXXXXXXX y su marido eran clientes de la entidad de toda la vida, unos 40 años y que, cuando enviudó en 1995 le habían vendido las primeras obligaciones de deuda subordinada. En total mientras tenía 74 y 83 años había adquirido en distintos momentos deuda subordinada de la primera emisión de Caixa Manresa y con carácter perpetuo deuda subordinada por un importe de 14.424,24 € y posteriormente, entre el 2003 y 2005 había adquirido participaciones preferentes por un total de 17.000 €. Como consecuencia del canje de las obligaciones subordinadas en acciones y posterior venta de las mismas al FGD, de la deuda subordinada de la primera



emisión había recuperado 5.254,84 €, perdiendo por tanto 9.169,17 € y de la deuda subordinada de la cuarta emisión se había recuperado 16.235 € como consecuencia de una amortización realizada el 28 de febrero de 2013, por lo que había perdido 765 €. Tras explicar las características de estos productos decía que no se había informado adecuadamente de las mismas ni se le había entregado documentación con los riesgos inherentes al producto que no eran tampoco adecuadas para la clientes, produciéndose, por tanto, la adquisición con un vicio de consentimiento por error. Por ello entendía que era procedente la nulidad de los contratos por error y que había habido incumplimiento de las obligaciones de la entidad bancaria lo que le había comportado unos perjuicios de 9.934,17 €. Con estos presupuestos, una vez alegados los hechos y fundamentos de derecho adecuados, finalizaba su escrito solicitando que se dictase sentencia que declarase la nulidad de las suscripciones de deuda subordinada siguientes:

1. Subordinadas de la 1ª emisión de Caixa Manresa, hoy CATALUNYA BANC SA siguientes:

- a. 20-06-95, 5 títulos con valor nominal de 3.005,5 euros
- b. 08-01-02, 2 títulos con valor nominal de 1.202,2 euros
- c. 06-05-03, 1 título con valor nominal de 601,1 euros
- d. 25-05-03, 5 títulos con valor nominal de 3.0005,5 euros
- e. 24-11-03, 1 título con valor nominal de 601,1 euros
- f. 03-12-03, 7 títulos con valor nominal de 4.207,7 euros
- g. 08-03-04, 2 títulos con valor nominal de 1.202,2 euros
- h. 02-03-05, 1 título con valor nominal de 601,1 euros

Total valor nominal 1ª Emisión: 14.424,24 euros

2. Subordinadas 4ª emisión de Caixa Manresa, hoy CATALUNYA BANC SA siguientes:

- a. 09-01-03, 3 títulos con valor nominal de 1500 euros
- b. 19-11-04, 18 títulos con valor nominal de 9.000 euros
- c. 02-03-05, 1 título con valor nominal de 500 euros
- d. 25-04-05, 2 títulos con valor nominal de 1.000 euros
- e. 09-08-05, 10 títulos con valor nominal de 5.000 euros

Total valor nominal 4ª Emisión; 17.000 €

Y se condene a CATALUNYA BANC SA a reintegrar a la actora la suma de las inversiones iniciales, en total 14.424 € por la suma de todas las adquisiciones de deuda subordinada de la 1ª emisión de Caixa d'Estalvis de Manresa relacionadas en el punto 1 y 17.000 € por la deuda subordinada 4ª emisión de Caixa de Estalvis de Manresa del punto 2, menos lo entregado por el Fondo de Garantía de Depósitos, compensándose también con los frutos recibidos por la actora y condene a la demandada al pago del interés legal del capital invertido desde la fecha de cada suscripción hasta la fecha de sentencia, cálculo que se realizará en la fase de ejecución de sentencia

Subsidiariamente se declare el incumplimiento contractual de CATALUNYA BANC SA y se la condene a pagar como indemnización a la actora la suma de 9.169 € por las adquisiciones de deuda subordinada 1ª emisión de Caixa d'Estalvis de Manresa relacionadas en el punto 1 e indemnice también en la suma de 765 € por la adquisición de deuda subordinada 4ª emisión de Caixa



d'Estalvis de Manresa del punto 2. Se compensarán los frutos percibidos. También solicita que se condene a CATALUNYA BANC SA el interés legal del dinero desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia, haciéndose el cálculo en ejecución de sentencia.

Y se impongan las costas a la demandada en ambos casos.

Por decreto de 2 de junio de 2014, se admitió a trámite la demanda dando traslado de la misma a la demandada para contestarla.

**SEGUNDO.** El 3 de julio de 2014, el procurador Ignacio de Anzizu Pigem, en representación de la mercantil CATALUNYA BANC, presentó el escrito de contestación y oposición a la demanda. En dicho escrito alegaba en primer lugar falta de legitimación ad causam de la actora puesto que el vicio de consentimiento alegado por la actora no lo había sufrido ella, por lo que no era parte legítima de conformidad con el artículo 10 LEC. En segundo lugar alegaba caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada puesto que habían pasado más de cuatro años desde la celebración de los contratos cuya nulidad solicitaba. En tercer lugar alegaba la existencia de actos contradictorios con las acciones ejercitadas en el procedimiento puesto que los títulos habían sido convertidos en acciones por mandato del FROB y posteriormente la actora había vendido voluntariamente dichas acciones al FGD por lo que ya no puede restituir lo que era objeto del contrato, haciendo referencia también a la doctrina de los actos propios. De forma subsidiaria, si se desestimaban estas excepciones la demandada se oponía al fondo de la demanda. Indicaba que la actora había obtenido como beneficios 8.161,94 € y que no se daban en este caso los requisitos de la acción de nulidad por vicio de consentimiento puesto que el mismo se había prestado y se había facilitado a la adquirente la información adecuada, distinguiendo este producto de la renta fija. Negaba también que se hubiese incumplido obligación alguna ni que ninguna actuación de la demandada hubiese generado los daños reclamados, añadiendo que su intervención no había sido de asesoramiento sino de cumplimiento de un contrato de mandato. Por último se oponía a que se pudiesen imponer a la parte demandada los intereses legales de la cantidad a devolver puesto que implicaría un enriquecimiento injusto para la actora al ser dicho interés muy superior al del plazo fijo. Por todo ello, finalizaba su escrito solicitando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

Admitida la contestación se convocó a las partes a la audiencia previa que se celebró el día 12 de noviembre de 2014.

**TERCERO.** El día de la audiencia previa se intentó un acuerdo sin que éste fuese posible y se realizaron el resto de trámites previstos en la ley para esta fase procesal. Destacar que se desestimó la falta de legitimación activa de la actora dado que la heredera está expresamente autorizada par ejercitar esta acción de nulidad por el artículo 1.302 CC que legitima a todos los perjudicados entre los que se encuentran los herederos que han adquirido los derechos del causante y se fijaron como hechos admitidos el perfil minorista de la causante y



que se habían amortizado la deuda de la cuarta emisión en fecha 28 de febrero de 2013. Igualmente se fijaron como hechos controvertidos la firma de la causante en los contratos, el error en el consentimiento, la información facilitada por la entidad bancaria, la caducidad de la acción de anulabilidad, la posibilidad de ejercer la acción tras el canje y posterior venta de las acciones al FGD y por los actos propios, si el incumplimiento de obligaciones podía dar lugar a la resolución, si se daban los presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios, si la demandada prestaba un servicio de asesoramiento o de simple mandato, la pertinencia de los intereses legales y, dado que se reconoce que está amortizada la deuda subordinada de la cuarta emisión, si aún así se puede ejercitar la acción de nulidad de dicha deuda amortizada. Con estos hechos controvertidos se admitió la prueba documental, y testifical propuesta por las partes con el resultado que consta en la grabación de la audiencia previa y se convocó a las partes al juicio que se celebró el 23 de marzo de 2015.

**CUARTO.** El día indicado para celebrar la vista comparecieron ambas partes debidamente asistidas y representadas y se practicó la prueba admitida con el resultado que consta en la grabación de la vista. Practicada la prueba las partes formularon las conclusiones en los mismos términos que las alegaciones iniciales. En este sentido la parte actora indicó que había quedado acreditado que la entidad bancaria no había facilitado a la Sra. XXXXXXXXX ningún tipo de información ni documentación del producto contratado, sin que se le informase de riesgo alguno causándole los perjuicios que ahora reclamaba con la demanda.

Por su parte la demandada concluyó que la nulidad tenía que ser con detracción de los rendimientos y que la actora no había indicado dichos rendimientos sin que los supiese la actora que solo disponía de los mismos desde el 2005 pero que, en todo caso, los rendimientos de la cuarta emisión habían sido muy superiores a los 765 € que se reclamaban. Añadía que no se había transmitido la deuda subordinada que ya había sido vendida porque allí se le había transmitido el dinero y dicha venta había sido firmada por la Sra. XXXXXXXXX, por lo que no podía pedir su nulidad. A esto añadía que antes del 2007 y 2008 no había obligación de entregar documentación de las operaciones y que no se había realizado reclamación alguna hasta después del canje de los títulos por acciones. Insistía en que la venta había confirmado las acciones según indicaba también la jurisprudencia que citaba.

Formuladas las conclusiones quedaron las actuaciones conclusas para dictar sentencia.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO: CUESTIONES A ANALIZAR**

De las alegaciones de las partes así como de la fijación de hechos controvertidos realizados en la audiencia previa, lo que hay que resolver en esta sentencia es si la acción de anulabilidad está caducada y si la actora ha realizado actos contradictorios que impiden el ejercicio de las acciones que está entablando,



incluyendo si la amortización de la deuda subordinada de la cuarta emisión que realizó el 28 de febrero de 2013 impide el ejercicio de la acción de nulidad. Posteriormente, y entrando en el fondo del asunto habrá que analizar si es viable la acción de nulidad por vicio de consentimiento por error y, si esto se desestima habrá que ver si es viable la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de la demandada. En el caso de que se estime alguna de estas dos acciones habrá que analizar sus consecuencias y los intereses a cobrar y restituir.

No obstante, para analizar si se ha producido o no un error en el consentimiento o un incumplimiento de las obligaciones de la entidad demandada habrá que analizar el concepto de participación preferente así como la normativa que regula esta figura bancaria.

**SEGUNDO. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD**

En materia de caducidad, aunque hay alguna sentencia en contra, la gran mayoría de la jurisprudencia, en este tipo de contratos sinalagmáticos considera que el plazo de caducidad no empieza a contar sino desde que se han cumplido las prestaciones que corresponden a ambas partes.

En este sentido hay que indicar que no se puede confundir el momento de la consumación del contrato que es el "dies a quo" que fija el artículo 1304 con el de perfeccionamiento del contrato que es el que toma como referencia la parte demandada para entender que la acción ha caducado. Consumación por su propia definición no es el momento a partir del cual surgen las obligaciones de las partes, sino cuando se agotan las mismas o cuando se extinguen los efectos del contrato. En este caso, tal y como se desprende de la documentación aportada por la parte actora, con independencia de que los contratos se hayan perfeccionado hace más de cuatro años, lo cierto es que no ha transcurrido dicho plazo desde la consumación de los mismos, o lo que es lo mismo, desde que han dejado de tener efecto. Así lo entiende igualmente la jurisprudencia, como es la Sentencia de la Sección 9 del 16 de Julio del 2012 (ROJ: **SAP V 3833/2012**) y la sentencia de la misma sección de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de julio de 2011 (ROJ SAP V 4372/2011) que hace un estudio sobre la jurisprudencia recaída en relación con el cómputo del plazo del artículo 1301 CC, destacando que, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 recaída con relación a un contrato de préstamo, no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. Esta interpretación es reiterada por múltiple jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita la indicada sentencia ya desde la sentencia de 20 de febrero de 1928.

Por su claridad copiaré lo que indica el Auto del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2002 que indica "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de



tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones ( sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 21 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se habla consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...", Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" Más recientemente esta misma postura ha sido acogida por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 769/2014, de 12 de enero de 2015 que trata el tema de la caducidad en un negocio bancario relacionado con un contrato de seguro en el que también hay prestaciones periódicas y se califica como contrato sucesivo no caducando la acción hasta la consumación del mismo.

En el mismo sentido y con extenso análisis doctrinal y jurisprudencial al respecto se puede citar la Sentencia de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de mayo de 2013 (ROJ: SAP Z 1026/2013) en el recurso 69/2013 o la Sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de abril de 2013 (ROJ: SAP V 762/2013) en el recurso 794/2012. También se ha manifestado en este mismo sentido la Sentencia 175/2014 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 2014 en el rollo de apelación 362/2013, o la Sentencia 383/2014, de 25 de julio de 2014 de la Sección 13º de la Audiencia Provincial de Barcelona que analiza también la cuestión con amplia cita jurisprudencial, la Sentencia 267/2014 de la Sección 4º de la Audiencia Provincial de La Coruña, o la Sentencia 257/2014 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona de 29 de septiembre de 2014

Por todo ello, dado que no han transcurrido cuatro años desde que se han dejado de percibir prestaciones, la acción ejercitada por la actora no estaría caducada.

**TERCERO. SUBSISTENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD TRAS EL CANJE DE**



## LAS OBLIGACIONES DE DEUDA SUBORDINADA EN ACCIONES Y SU POSTERIOR VENTA AL FGD. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

La parte demandada sostiene que al haberse realizado el canje y la posterior venta de las acciones recibidas se ha producido una purificación del contrato por aplicación de lo previsto en el artículo 1309 Cc, ya que aunque el canje de participaciones preferentes fue obligatorio, la posterior venta si que fue voluntaria, extremo que sanaría el posible vicio de consentimiento que existiese, siendo aquí también de aplicación la teoría de los actos propios que consagra el artículo 111.8 CCCat y, en todo caso, sería inviable igualmente la acción de nulidad por haber perdido la parte actora el objeto del contrato cuya nulidad preconiza en virtud del artículo 1314 Cc.

Si se analiza el camino seguido por las participaciones preferentes y de las deudas subordinadas, considero que ninguna de las dos consecuencias es viable. Si se lee la resolución del FROB de 7 de junio de 2013 (BOE 11 de junio de 2013), se acredita que como consecuencia de la crisis financiera y las medidas indicadas por la Comisión Europea ante la asistencia financiera a España para la reestructuración y recapitalización del sector bancario español, el FROB adquirió el 89,74 % del capital social de Catalunya Banc e impuso obligatoriamente, junto con otras medidas, la conversión en acciones ordinarias de CX las obligaciones preferentes y la deuda subordinada que esta entidad tenía suscrita, entre las que están las que son objeto de este procedimiento.

Una vez se produjo el canje, en aplicación del Real Decreto Ley 6/2013, se modificó el Real Decreto Ley 21/2012 para posibilitar que el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito pudiera, en beneficio de todo el sistema, adquirir acciones ordinarias no admitidas a negociación en un mercado regulado, entre las cuales se encuentran las de CX. Conforme a dicho Real Decreto Ley "La adquisición de los instrumentos anteriores se realizará a un precio que no exceda de su valor de mercado y de acuerdo con la normativa de la Unión Europea de ayudas de Estado. A efectos de determinar el citado valor de mercado, el Fondo de Garantía de Depósitos solicitará la elaboración de un informe de experto independiente. El plazo para realizar la adquisición deberá ser limitado y se fijará por el propio Fondo".

Leyendo esta normativa es evidente que esta sentencia no puede dejar sin más sin efecto una normativa dictada por el Fondo de Reordenación Bancaria que no ha sido parte en este procedimiento ni lo podría haber sido dada su naturaleza administrativa y que se hace en cumplimiento de una normativa especial emanada de la Unión Europea realizada en el marco de una política del sistema de reestructuración bancaria. No obstante, esto no significa sin más que no se pueda tener en cuenta al analizar la viabilidad de la acción de nulidad y sus consecuencias porque todas las normas, entre ellas las alegadas por la parte demandada de sanación y extinción de la acción de nulidad se tienen que analizar e interpretar teniendo en cuenta el "contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo al que han de ser aplicadas" por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 3 del Código civil.



Por ello entiendo que las consecuencias de la normativa citada no pueden ser ni la sanación ni la extinción de la acción de nulidad como sostiene la parte demandada. Es cierto que la parte demandada ya no puede entregar las participaciones preferentes ni las acciones fruto del canje obligatorio porque ya no las tiene al haber sido estas últimas adquiridas por el Fondo de Garantía de Depósitos, pero entonces la consecuencia legal no es la extinción de la acción de nulidad, sino, en el caso de que se disponga la nulidad de dichos contratos, deducir de las cantidades que las partes se tienen que restituir recíprocamente, la cantidad que por estas operaciones ha percibido la parte actora. No se puede olvidar que las consecuencias de la adquisición de las obligaciones preferentes y de la deuda subordinada son una anotación contable en el activo de la demandada y otra anotación en la cuenta de la actora, por ello todo queda reducido a dinero que, como tal siempre se puede restituir, en aplicación de lo previsto en los artículos 1307 y 1308 del Cc que hablan de la restitución de la cosa.

No se puede llegar a aplicar tampoco la subsanación del negocio que prevé el artículo 1309 por entender que al haber vendido voluntariamente las acciones al Fondo de Garantías ha confirmado el contrato que era nulo. Esta confirmación no se puede producir porque el artículo 1309 exige que el contrato haya sido "válidamente confirmado", entre cuyos requisitos hay que incluir la voluntariedad y la libre elección de la confirmación o, lo que es lo mismo, la libre decisión de vender o no las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos. En este caso no había libertad, teniendo que acudir a la expresión tradicionalmente alegada de que se aceptó por circunstancias acuciantes o angustiosas. No se puede olvidar que el canje de participaciones preferentes en acciones fue obligatorio y que el precio de estas acciones era fijado por el Fondo de Garantía de Depósito sin capacidad alguna de que las partes negociaran su valor y siendo conscientes de que no habría otra persona o entidad que las adquiriese por un precio superior y seguramente tampoco inferior dado que la entidad bancaria a quien pertenecían las acciones estaba intervenida por el Banco de España, y las mismas no cotizaban en ningún mercado oficial. Además tampoco se puede olvidar que el adquirente es el Fondo de Garantía de Depósitos, no un particular, el cual garantiza una serie de depósitos bancarios hasta un importe máximo y que esta entidad las adquirió como consecuencia de la función pública que asume, y no con la finalidad de obtener rendimientos o beneficios por la compra de una participaciones de una entidad que está intervenida por el Estado. Por ello no cabe otra conclusión que la que entender que era una consecuencia necesaria y derivada del canje obligatorio de participaciones preferentes y de deuda subordinada en acciones impuesta de manera obligatoria por la resolución del FROB antes mencionada.

Aunque no es exactamente lo mismo, pero si que se puede aplicar la misma fundamentación, hay que citar la sentencia de la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de septiembre de 2013 (ROJ: SAP B 8313/2013) al resolver el recurso 308/2012. Esta sentencia considera que no es un acto de convalidación o de confirmación tácita de un contrato de swap el percibir una remuneración un año después de la celebración indicando expresamente que



“es la constatación del error en su día padecido y consiguiente deseo de cesar en la producción de sus perniciosos efectos”.

Por todo ello, considero que el hecho de haber enajenado las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos no implica la confirmación del contrato que era nulo por vicio de consentimiento. No obstante, no se puede olvidar que se ha percibido una cantidad de dinero que se tiene que tener en cuenta a efectos de fijar las consecuencias de la declaración de nulidad, tal y como analizaré en otro fundamento jurídico en el supuesto de que se anulen los contratos.

Lo mismo cabe decir respecto de la deuda subordinada de la cuarta emisión que fue amortizada el 28 de febrero de 2013. Esta amortización no fue una actuación voluntaria de la parte actora sino que fue una decisión de la entidad financiera de acuerdo con el propio folleto de emisión (documento 1 de la demanda) en que, se indica expresamente en la cláusula II.1.8 que “dicha emisión se amortizará obligatoriamente el 28 de febrero de 2013”. Por ello, es de aplicación todo lo indicado anteriormente para la venta de las acciones al FGD, y más en este caso en que la amortización se realizó sin intervención alguna de la parte actora sino por propia decisión de la entidad bancaria y produciéndose las pérdidas de capital correspondientes.

Tampoco se puede acudir aquí, para privar a la parte actora de la acción de nulidad, a la teoría de los actos propios que establece el artículo 111.8 CCCat porque, como he indicado, el hecho de haber procedido a realizar la venta de las acciones obtenidas como consecuencia obligatoria no tenía un significado inequívoco de que los contratos de los que traía causa (suscripción de obligaciones de deuda subordinada) habían sido celebrados correctamente, sino que se trata simplemente de la aceptación de una situación impuesta por las entidades de control bancario y que derivaron en la aceptación de la venta sin posibilidad de negociar su precio dada la situación angustiante en que estaban ante la posibilidad de perder íntegramente el importe de las cantidades desembolsadas.

Por último indicar que aunque existan las tres sentencias citadas por la parte demandada que concluyen que no se puede ejercitar la acción de nulidad cuando se ha producido la venta de acciones al FGD, también hay jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que recogen que la venta al FGD de las acciones recibidas por el FROB no impiden ejercitar la acción de nulidad como es la Sentencia 133/2013 de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 2014, la Sentencia 203/2014 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 15 de septiembre de 2014 (FJ 7º), la Sentencia 307/2014 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 18 de septiembre de 2014 (FJ 5º) o la Sentencia 257/2014 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona de 29 de septiembre de 2014 (FJ 5º) que cita otras sentencias de la misma Audiencia. Ante esta disparidad, considero que la opción de estas últimas sentencias es más acorde por todos los motivos indicados en este fundamento jurídico.



#### **CUARTO. CONCEPTO DE DEUDA SUBORDINADA**

El Banco de España define la deuda u obligación subordinada como un "Instrumento de renta fija emitido con características inferiores a las emisiones normales, principalmente porque su titular queda por detrás de todos los acreedores comunes en preferencia de cobro (orden de prelación). En el caso de las entidades de crédito esta deuda es considerada, junto a las participaciones preferentes, un instrumento híbrido de capital, en el sentido de que cumple ciertos requisitos que lo asemejan parcialmente al capital ordinario de las entidades de crédito, y es computable como recursos propios de las entidades."

Complementando esta definición, la Comisión Nacional del Mercado de Valores considera las obligaciones subordinadas como obligaciones emitidas "por empresas a medio y largo plazo, cuyas características pueden variar considerablemente de un emisor a otro, e incluso en distintas emisiones de una misma compañía. Estas diferencias pueden ser la fecha de vencimiento, tipo de interés, periodicidad de los cupones, precios de emisión y amortización, las cláusulas de amortización y otras condiciones de emisión, las opciones de convertibilidad si las hubiera, la prelación de derechos en caso de liquidación, o las garantías ofrecidas, entre otras.

Así, podemos encontrar bonos y obligaciones simples, obligaciones subordinadas (que a efectos de la prelación de créditos, se sitúan detrás de todos los acreedores comunes) o bonos y obligaciones indexados, referenciados o indexados (cuya rentabilidad se vincula a la evolución de un índice, cesta de acciones, etc.). El inversor debe tener en cuenta que si la evolución de dichas referencias es desfavorable, podría no recibir ningún rendimiento o incluso sufrir pérdidas. En estos casos, además del riesgo de la evolución de tipos de interés que afecta a toda la renta fija, se asume el riesgo del índice de referencia.

(...)

La colocación en mercado primario se realiza de acuerdo con el procedimiento de colocación descrito en el Folleto Informativo y en el resumen.

La estructura económica de las obligaciones subordinadas es idéntica a de las obligaciones simples; la diferencia reside en su situación jurídica en caso de quiebra o procedimiento concursal del emisor. En aplicación de las reglas de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes. Este tipo de emisiones las llevan a cabo las entidades de crédito, bancos y cajas, porque les computan como recursos propios al calcular la ratio de solvencia exigido por el Banco de España. De lo anterior cabe deducir que la deuda subordinada debe tener una rentabilidad mayor que la deuda simple emitida por la misma entidad y al mismo plazo.

Por otro lado se encuentran las obligaciones subordinadas especiales, con características diferentes de las dos anteriores. En primer lugar, no tienen un plazo de vencimiento, es decir, pueden llegar a ser perpetuas (la entidad no está obligada a rembolsar nunca su principal). En segundo lugar, se prevé el diferimiento del pago de intereses en caso de pérdidas de la entidad. Por último, el inversor podría llegar a perder hasta el 100% del importe invertido, así como



los intereses devengados y no pagados, si la entidad necesitara absorber pérdidas, una vez agotadas las reservas y los recursos asimilables al capital (como por ejemplo las participaciones preferentes). En cuanto a la aplicación de las reglas de prelación de créditos, bajo un supuesto de procedimiento concursal o quiebra, las obligaciones subordinadas especiales se situarán detrás de las deudas subordinadas no calificadas como especiales, y delante de las participaciones preferentes.”

Por lo que hace referencia a su regulación legal, las obligaciones subordinadas se encuentran previstas como recursos propios en de las entidades de crédito en 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, introducida en ésta norma por la Ley 19/2003, de 4 de julio, (modificada por el art. 1.10 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, con la función de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente y obligaciones subordinadas

La normativa ha sido nuevamente modificada por el Real Decreto -ley 24/2.012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas) publicado en el BOE 31/08/2.012 que entró en vigor el mismo día.

#### **QUINTO. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DE DEUDA SUBORDINADA DE CAIXA MANRESA DE LA PRIMERA Y DE LA CUARTA EMISIÓN**

De todas estas definiciones indicadas en el fundamento jurídico anterior se infiere que las obligaciones subordinadas son un negocio de naturaleza compleja 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 viabilidad de la entidad financiera, y siendo relevantes las características propias de la emisión. En este caso hay que tener en cuenta las características de la primera emisión (documento 5 de la contestación) y de la cuarta emisión (documento 1 de la contestación).

Por lo que se refiere a las características de la primera emisión de deuda subordinada de Caixa Manresa, esta deuda subordinada tiene las siguientes características esenciales:

- a) Es un elemento destinado a que una entidad financiera obtenga recursos propios, lo que significa que es una forma de obtener financiación para ella. Implica una aportación de capital a dicha entidad sin que como contrapartida la persona que adquiera estas participaciones tenga ningún derecho político en la misma.
- b) Es un producto de naturaleza perpetua que no cotiza en ningún mercado secundario organizado sino que se transmiten libremente entre particulares.



- c) Se obtiene un interés fijo durante el primer año que es del 10,50% y para los sucesivos períodos anuales el tipo de interés será variable que se revisará en el mes de marzo y consistirá en el equivalente al tipo medio ponderado de las operaciones iniciadas o renovadas en el mes de marzo inmediatamente anterior, de las imposiciones nominativas y Certificados de Depósitos no emitidos a Descuento de las operaciones de 100.000 a 499.000 pesetas, en plazos igual o superior a un año e inferior a dos años.

En ausencia o imposibilidad de esta referencia, el tipo de interés nominal se indicará en base a sustraer cuatro puntos al tipo de referencia constituido por el promedio de los tipos efectivos anuales preferenciales de interés, para las operaciones de préstamo a un año, publicados por las entidades de depósito que se relacionan en el documento aportado como número 5 de la contestación, redondeado al alza hasta el 1/4 por ciento. Los nuevos tipos de interés nominal se aplicarán en el cupón de septiembre sobre las referencias de tipos correspondientes al mes de marzo, inmediatamente anterior.

- d) La deuda aunque es perpetua, se podrá amortizar por la entidad bancaria a los 20 años.
- e) La obtención de liquidez derivada de las deudas subordinadas por parte de la persona que las ha suscrito sólo puede producirse mediante su venta libre sin que cotice en ningún mercado secundario organizado.
- f) El capital invertido no está garantizado por el Fondo de Garantía de Depósitos sino que la única garantía es el principio de responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora
- g) En el supuesto de quiebra de la entidad financiera estos créditos se situarían, a efectos de prelación de créditos, tras los acreedores comunes.

Por lo que se refiere a las características de la cuarta emisión de deuda subordinada de Caixa Manresa (documento 1 de la contestación), esta deuda subordinada tiene las siguientes características esenciales:

- a) Es un elemento destinado a que una entidad financiera obtenga recursos propios, lo que significa que es una forma de obtener financiación para ella. Implica una aportación de capital a dicha entidad sin que como contrapartida la persona que adquiera estas participaciones tenga ningún derecho político en la misma.
- b) Es una renta a largo plazo, que en el caso concreto vence a los 10 años desde la fecha del cierre del período de suscripción aunque la entidad emisora puede amortizar los títulos a los 5 años, amortizándose, en todo caso, y de manera obligatoria el 28 de febrero de 2013.
- c) Se obtiene un interés fijo del 3,25% desde la suscripción hasta el 29 de febrero de 2004 y a partir de dicha fecha el tipo de interés anual es el Euribor a 12 meses publicado entre los días 1 y 15 de febrero menos una diferencia constante de 0,250%. Dicho interés se meritara cada 1 de marzo y se revisará anualmente según el índice mencionado. El cupón se abona por períodos mensuales vencidos

- d) La obtención de liquidez derivada de las deudas subordinadas por parte de la persona que las ha suscrito sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Esta característica las asimila a las acciones e implica que en los supuestos de crisis de la entidad financiera sea imposible la venta porque no habrá un tercero dispuesto a comprarla dado que le entregaría su dinero a dicha entidad sin obtener beneficio alguno.
- e) El capital invertido no está garantizado por el Fondo de Garantía de Depósitos sino que la única garantía es el principio de responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora
- f) En el supuesto de quiebra de la entidad financiera estos créditos estarían sólo por encima de las obligaciones preferentes, siendo en todo caso abonados antes que las deudas subordinadas las deudas ordinarias de la entidad que incluye: 1) depositarios, 2) titulares de obligaciones o de créditos con garantía real, 3) titulares de obligaciones ordinarias, y 4) otros acreedores ordinarios.

De todas estas características se infiere, tal y como indicaré en el fundamento jurídico siguiente, que es esencial que al cliente se le informe y sea consciente de estas características de las obligaciones, de la subordinación a la marcha económica de la entidad financiera y, por tanto, de la situación actual de la misma.

**SEXTO. OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN EN ESTE TIPO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS.**

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en la redacción vigente en el momento de realizar la adquisición de la deuda subordinada, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran las participaciones preferentes en su artículo 7.1.h). Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, mas de aplicación al contrato de deuda subordinada de este procedimiento- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a

Signat per Ortega Atienza, Rocio	Codi Segur de Verificació: 90KGFS15FCG05QTF2E7J1O83AHF3CVR Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>	Data i hora 31/03/2015 14:21
Administració de justícia a Catalunya / Administración de justicia en Cataluña		Pàgina 13de 28



observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. En este sentido y por su importancia reproduciré el artículo 5 del Anexo del citado Real Decreto 629/1993 que indica expresamente<sup>1</sup>. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

- a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.
- b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.
- c) Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.
- d) Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía.”

Igualmente la obligación de información clara y precisa en cualquier contratación estaba prevista en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 vigente en el momento de la celebración de los contratos celebrados entre las partes, actualmente derogada por el actual RDL 1/2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

**SÉPTIMO. OBLIGACIONES QUE ASUMÍA CAIXA MANRESA: ASESORAMIENTO O SIMPLE COMERCIALIZACIÓN O CONTRATO DE MANDATO.**

La parte demandada se opone a que se le pueda aplicar toda esta normativa y que se le tenga que exigir este deber de información porque no asumía ninguna obligación de asesoramiento, hecho que no implicaría incumplimiento alguno, sino que se limitaba a hacer de intermediario entre las órdenes de venta que realizaban los titulares de participaciones preferentes y las órdenes de compra que realizaban los nuevos adquirentes de la misma como fue en este caso el actor, hecho que limitaría de todo el deber de información indicado en los fundamentos jurídicos anteriores.

El concepto de asesoramiento financiero se puede extraer del artículo 63.1 g) de la LMV que considera como tal “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial”

Si se analiza la documentación que en este caso hay en la causa así como la declaración del empleado de la antigua Caixa Manresa que ha declarado como testigo considero que es claro que CATALUNYA BANC (antes CAIXA MANRESA) no asumía la condición de un simple comercializador del producto o mandatario entre las partes, haciendo recomendaciones genéricas a los clientes, sino que informaba al cliente de las operaciones que realizaba de forma personalizada asumiendo la función de asesoramiento financiero. En este sentido el testigo, Sr. Xxxxx XXXXXXXXX ha declarado que informaban a los

clientes de las características de este producto y que él era el gestor de la Sra. Xxxxxxxx ya que la conocía desde hacía más de cuarenta años junto con su marido y tenían en la entidad todos los ahorros, por lo que hay que deducir que dicho empleado fue quien le informó de las características del producto sin cuyas explicaciones la Sra. Xxxxxxxx no hubiese conocido de su existencia.

La jurisprudencia de los Juzgados de primera instancia que se ha manifestado sobre este extremo ante la alegación reiterada que hacen distintas entidades bancarias de que su actuación no era de asesoramiento, se ha manifestado a favor de entender que su actuación no es de simple comerciante, exigiéndole el deber de información previsto en la Ley del mercado de valores. En este sentido cabe citar, y sin ánimo exhaustivo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 1 de Valencia de 17 de Junio del 2013 (ROJ: **SJPI 76/2013**), la del Juzgado de Primera Instancia 44 de Madrid de 9 de Abril del 2013 (ROJ: **SJPI 35/2013**), la del Juzgado de Primera Instancia 3 de Madrid de 8 de Abril del 2013 ( ROJ: **SJPI 24/2013**), la del Juzgado de Primera Instancia 2 de Mataró de 14 de Marzo del 2013 ( ROJ: **SJPI 30/2013**) o la del Juzgado de Primera Instancia 3 de Mataró de 25 de julio de 2013 (ROJ: SJPI 74/2013). También se ha pronunciado en este sentido la jurisprudencia de las Audiencias como es la Sentencia 356/2014 de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de octubre de 2014 (FJ 3º) o la Sentencia 312/2014 de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de septiembre de 2014.

Esta teoría ha venido respaldada por la sentencia del Tribunal Supremo 354/2014 de 20 de enero de 2014 al resolver el recurso 879/2012 relativo a unos swaps en que la entidad bancaria que los había comercializado negaba que se le pudiese considerar como prestataria de un asesoramiento, extremo negado por esta sentencia. Así el Tribunal Supremo, con citación de jurisprudencia del TJUE indica "Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor(...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal Supremo entiende que tendrá la consideración de



asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "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" (apartado 55)

Teniendo en cuenta esta doctrina y lo que he indicado anteriormente referente a la información y ofrecimiento a la actora de los productos contratados, tal y como han manifestado el empleado de la entidad bancaria, no se puede hablar de que no es un asesoramiento financiero.

#### **OCTAVO. VICIO DEL CONSENTIMIENTO- ERROR**

La parte actora solicita en primer lugar la nulidad del contrato por error en el consentimiento prestado. El artículo 1265 del Código civil establece que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, concretando el artículo 1266 del mismo texto legal que para que el error 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.

Esta normativa ha sido ampliamente analizada por la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales. En lo referente al vicio de consentimiento por error, la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2005 (AC 2005\1850) que recoge la extensa doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia indica "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 (RJ 1978,1361) que «para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -artículo 1266.1º del Código Civil y sentencias de 16 de octubre de 1923 y 27 de octubre de 1964 (RJ 1964, 4735) -, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -sentencias de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944 (RJ 1945, 116) -, que no sea imputable a quien lo padece -sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957 (RJ 1968, 192)- y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado – sentencias de 14 de junio de 1943 (RJ 1943, 719) y 21 de mayo de 1963-»; de otra parte, como recoge la sentencia de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096), según la jurisprudencia para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de auto-responsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil; es inexcusable el error (sentencia de 4 de enero de 1982 (RJ 1982, 179)), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también

Signat per Ortega Atienza, Rocio	Codi Segur de Verificació: 90KGFS15FCG05QTF2E7J1O83AHF3CVR Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>	Data i hora 31/03/2015 14:21
Administració de justícia a Catalunya / Administración de justicia en Cataluña		Pàgina 17de 28



las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración. Finalmente, ha de señalarse que, como establece la sentencia de 30 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3948), la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (sentencias de 8 de mayo de 1962 y 14 de mayo de 1968 (RJ 1968, 3733), antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido); ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él; el error ha de ser probado por quien lo alega”

Esto ha sido recogido por la jurisprudencia posterior, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo 354/2014 de 20 de enero de 2014 que indica expresamente “La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que 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). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas



presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”

**NOVENO. PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN ESTE CASO CONCRETO. RELEVANCIA DEL ERROR**

Como he indicado en el fundamento de derecho anterior dos son los requisitos para que el error invalide el consentimiento, que el mismo sea relevante o recaiga sobre elementos esenciales del contrato y que el mismo sea excusable. En este fundamento analizaré el primero de estos requisitos, dejando el segundo para el siguiente.



En el contrato objeto de este procedimiento, la parte actora sostiene en el momento de la contratación se le estaba ofreciendo un contrato sin riesgo de disponibilidad en cualquier momento y sin que pudiese perder el capital, con un interés un poco más elevado que el plazo fijo e indica que en ningún momento se le informó de las condiciones y características del producto, entre ellas de que podía llegar a perder el capital contratado. Por el contrario la entidad bancaria sostiene que le facilitó toda la información adecuada para conocer el contenido del producto contratado, y que, en todo caso, si se produjo algún error éste sería excusable, por lo que no viciaría el contrato.

Para saber la información ofrecida a los actores hay que analizar tanto la documentación que se le entregó como la información verbal que le ofreció el empleado de la demandada. Respecto a la documentación escrita no consta ningún documento firmado por las partes por el transcurso del tiempo, siendo lo único que consta la entrega de las libretas de deuda subordinada aportadas como documentos 7 a 9 de la demanda. En estos documentos prácticamente no consta información alguna ya que sólo se indica que es una libreta de deuda subordinada, el número de títulos adquiridos, su valor nominal y el hecho de que se tiene que abonar un cupón mensual. Por su parte, el antiguo empleado de la demandada, Sr. Xxxxx.Xxxxxxxx, ha declarado que le vendió las obligaciones de deuda subordinada, que decía que era "un termini" (castellano: plazo fijo) y que cuando el cliente necesitaba el dinero se ponía a la venta y que no se informaba de riesgo alguno puesto que en el momento de la compra no había riesgo alguno.

Más allá de esto, no hay prueba alguna de más información facilitada al cliente, siendo la obligación de acreditar la información dada a la entidad bancaria demandada. En este sentido, destacar la Sentencia 82/2014 de la Sección 2º de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de marzo de 2014 que también en un supuesto de error de consentimiento en preferentes, y tras analizar el marco legislativo aplicable a la información que tienen que facilitar las entidades bancarias en este tipo de productos indica expresamente: "Partiendo del contexto normativo expuesto en el fundamento jurídico tercero, corresponde al Banco la carga de la prueba ( art. 217 LEC ) de que proporcionó al cliente la información necesaria para prestar un consentimiento informado sobre el producto a contratar. La parte demandada indica en su escrito de contestación que al actor se le entregó el folleto informativo de la emisión, pero el folleto aportado como documento 9 del escrito de demanda no aparece firmado por nadie por lo que no consta acreditado que se le entregase y, por tanto, que se le informase de todo lo que allí se indica. Además hay que tener en cuenta que en los supuestos de entidades bancarias es a ésta a quien le corresponde acreditar qué información facilitó a los clientes a efectos de valorar la existencia o no de vicio de consentimiento. En este sentido, destacar la Sentencia 82/2014 de la Sección 2º de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de marzo de 2014 que también en un supuesto de error de consentimiento en preferentes, y tras analizar el marco legislativo aplicable a la información que tienen que facilitar las entidades bancarias en este tipo de productos indica expresamente: "Partiendo



del contexto normativo expuesto en el fundamento jurídico tercero, corresponde al Banco la carga de la prueba (art. 217 LEC) de que proporcionó al cliente la información necesaria para prestar un consentimiento informado sobre el producto a contratar.

Corresponde pues a la entidad financiera demanda, frente a las afirmaciones de la parte demandante, acreditar haber proporcionado la información completa y detallada del producto que se vendió a los actores, a tal fin, se hace referencia a la documentación que por parte de la entidad bancaria, se entrega a los clientes a raíz de cada una de las operaciones de compra, pero el mero hecho de que sean suscritos unos determinados documentos, prerredactados por la entidad financiera, no implica sin más el conocimiento por parte de los actores de todas las circunstancias asociadas a la operación y a los riesgos a los que se sometía". En el mismo sentido se pronuncian la Sentencia 107/2014 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de abril de 2014, la Sentencia 60/2014 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de León de 11 de abril de 2014, la Sentencia 149/2014 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de marzo de 2014, así como la Sentencia 37/014 de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2014

Teniendo en cuenta lo que ha quedado acreditado que se informó al actor, considero que no se informó de la mayoría de las características de las obligaciones de deuda subordinada y que he indicado de forma concreta en el fundamento de derecho quinto. En concreto no se le informó de que el dinero que entregaba pasaba a formar parte de los fondos propios de la entidad y, lo que es más grave que, al estar afecto a dichos fondos, podía perder todo o parte del capital dependiendo de la situación económica de la entidad. Tampoco se le informó de la situación de dicha entidad en el momento de la contratación para poder valorar la pertinencia o no de la inversión. No consta, ni siquiera que se informase de una manera clara del tipo de interés, puesto que si se lee lo que he indicado en el fundamento de derecho quinto sobre el tipo de interés de la deuda subordinada de la primera emisión y que es una copia prácticamente literal de lo que a ese respecto se indica en el folleto de emisión aportado como documento número 5 de la contestación, una persona normal y sin conocimientos financieros, es incapaz de conocer cuál es el tipo de interés aplicable más allá del primer año. De la misma manera tampoco se le informó de que, en el supuesto de quiebra estaría al final de los acreedores para cobrar su deuda, no se le informó que no había garantía alguna del FGD en el supuesto de que la Caixa tuviese pérdidas que le impidiesen devolver el capital y, por último, tal y como ha manifestado el trabajador no se le informó de riesgo alguno del producto, y por tanto desconocía cualquier tipo de riesgo. Todos estos elementos de los cuales no se informó a los actores son elementos esenciales para poder tomar una decisión sobre la pertinencia o no de adquirir las obligaciones de deuda subordinada, por lo que hay error sobre las características esenciales del contrato, dándose el primero de los requisitos mencionados para poder decretar la nulidad del contrato por error.

#### **DÉCIMO. PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN ESTE CASO**

Signat per Ortega Atienza, Rocio	Codi Segur de Verificació: 90KGF515FCG05QTF2E7J1083AHF3CVR Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>	Data i hora 31/03/2015 14:21
Administració de justícia a Catalunya / Administración de justicia en Cataluña		Pàgina 21 de 28

## CONCRETO. EXCUSABILIDAD DEL ERROR

También considero que concurre en este caso el requisito de la excusabilidad del error. Para llegar a esta conclusión es preciso analizar el contenido del requisito de la excusabilidad tal y como ha sido considerado por la jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que se analiza a raíz del error en un contrato bancario como es en este caso. El punto de partida, y dado que el requisito de excusabilidad es de creación jurisprudencial, es el artículo 7 del Código civil que prohíbe el abuso de derecho y señala que las obligaciones se tienen que cumplir de conformidad con las exigencias de la buena fe, lo que implica que para valorar esta excusabilidad hay que analizar tanto la buena fe del adquirente como de la entidad bancaria que ofrece el producto. En este sentido, el propio Tribunal Supremo ha señalado que "las particularidades de cada caso en orden a la excusabilidad del error han de ponderarse desde el ángulo de la bona FIDES y del principio de confianza a los que habrá de darse la confianza que merecen en el tráfico jurídico", y que "si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar" (Auto del TS, de 10 de septiembre de 2013 – recurso 1767/2012–, a raíz de la inadmisión de un recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la entidad Banco de Santander que hacía referencia, a la interpretación del Tribunal Supremo sobre el requisito de la excusabilidad. El mismo Tribunal Supremo, en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 también hace referencia a esta ponderación de responsabilidades en materia de excusabilidad del error al analizar el error en la contratación de un swap, señalando que "Al mismo tiempo, 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".

Esta misma exigencia de buena fe que se exige a la entidad bancaria como requisito para aminorar la excusabilidad del error de la víctima se exige también por la jurisprudencia menor. En este sentido, la Sentencia 391/2014 de la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Orense, de 22 de septiembre de 2014, indica que "Sobre la excusabilidad hemos de indicar que se refiere a la diligencia de la persona que padece el error. Una persona que diligentemente actúa necesariamente habría de advertir el error padecido. En este caso la diligencia se debe relacionar con un elemental principio de confianza. Confianza en la entidad que es depositaria del patrimonio del cliente. Esa confianza, en muchas ocasiones ganada durante años, lleva necesariamente a descuidar el análisis de las relaciones con la entidad por parte del cliente. Pero esa situación ha sido creada por la propia entidad que mal puede ahora, sin faltar a elementales principios de buena fe, argumentar la inexcusabilidad del error cuando la misma deriva de su propio comportamiento". (FJ 6º). Por último, simplemente destacar sobre este mismo extremo, la Sentencia 410/2014 de la Audiencia Provincial de A Coruña de 29 de diciembre de 2014 que insiste también en esta relación entre la buena fe de la entidad bancaria y la excusabilidad del error del cliente, y



apoyando esta tesis en bastantes sentencias del Tribunal Supremo, añade que “La naturaleza de determinados negocios jurídicos, máxime cuando se trata de productos financieros complejos y de riesgo, como son las preferentes y obligaciones subordinadas, exige que el cliente bancario disponga de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre. Estos deberes de información, ya sean legales o provenientes de la buena fe objetiva, tienen una influencia decisiva a la hora de apreciar la imputabilidad del error (confianza provocada).

En consecuencia, la excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico en general, frente a quien carece de tales conocimientos, ocupando una posición débil, que le hace merecedor a una indiscutible protección jurídica.

Es precisamente en situaciones como las expuestas en las cuales tanto el Legislador comunitario como nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, le interesa que los contratantes alcancen especial conocimiento de las obligaciones y riesgos que asumen, pretendiendo equilibrar situaciones de verdadera asimetría convencional.

En tal contexto, la determinación de la excusabilidad del error se encuentra igualmente anudada al comportamiento contractual de la contraparte, lo que puede dar lugar a estas tres situaciones, en las que cabe calificar dicho vicio de consentimiento como disculpable y por lo tanto no imputable a quien lo padeció: Primera, cuando el error es provocado por hecho propio del otro contratante o por la concurrencia de dolo por su parte; segundo, cuando quien no actuó con tal vicio del consentimiento conocía o pudo fácilmente conocer que el otro contratante actuaba equivocadamente, en cuyo caso el comportamiento civiliter exigía rescatarle de la situación en que se encontraba, conforme a elementales deberes de buena fe ( art. 1258 del CC ); o tercero, cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no lo hace o se la presta de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando con ello el error de la contraparte”.

De la prueba practicada e indicada en el fundamento de derecho anterior, ya se acredita que la entidad bancaria no actuó con la diligencia debida para informar correctamente del producto, por lo que se relativiza el hecho de que el error sea excusable. Además hay que tener en cuenta que la Sra. Xxxxxxxx y su marido eran clientes minoristas, de edad avanzada y conservadores que llevaban más de cuarenta años llevando su dinero a la misma entidad, que tenían “confianza absoluta” en el Sr. Xxxxx Xxx tal y como él mismo ha declarado y que todo lo que tenían era en plazo fijo, por tanto sin riesgo alguno, y operaciones de deuda subordinada en las cuales no se les indicó riesgo alguno, considero que no se puede exigir a la Sra. Xxxxxxxx que realice una labor de desconfianza de la entidad bancaria y vaya a buscar en cualquier otro sitio a una persona que les asesore sobre cuál es el contenido real del producto que está contratando. Por todo ello considero que el error padecido por el demandante es excusable.

Signat per Ortega Atienza, Rocio	Codi Segur de Verificació: 90KGF515FCG05QTF2E7J1O83AHF3CVR Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a> Administració de justícia a Catalunya / Administración de justicia en Cataluña	Data i hora 31/03/2015 14:21 Pàgina 23de 28
-------------------------------------	--	--



Esta excusabilidad es más flagrante si se tiene en cuenta la propia declaración del empleado de la entidad bancaria quien ha manifestado que el producto era un "termini" y que no se informaba de riesgo alguno, por ello, no cabe otra conclusión que la de decir que el error era excusable, puesto que el actor no podía haber salido del mismo con una diligencia media.

Al estimarse la nulidad del contrato por error, no procede analizar el resto de cuestiones alegadas por la parte actora para obtener las mismas consecuencias que con la nulidad y que se ejercitaban de manera subsidiaria.

#### **UNDÉCIMO. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD**

Cuando se declara la nulidad de un contrato, el punto de partida es el artículo 1303 del Código civil que prevé que una vez se declara la nulidad de una obligación, los contratantes tienen que restituirse las cosas que hubiesen sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses.

Por ello al declararse la nulidad hay que restituir tanto el dinero como los intereses que percibieron los actores, así como los títulos de deuda subordinada.

Respecto de la deuda subordinada de la cuarta emisión que fue amortizada por la entidad bancaria, ella ya posee dicha deuda por lo que no hay que restituirla, sino simplemente tener en cuenta la cantidad de dinero que se entregó como consecuencia de dicha amortización.

Por lo que se refiere a la deuda subordinada de la primera emisión, teniendo en cuenta que actualmente la parte actora ya no dispone de los títulos de dicha deuda subordinada puesto que fueron cambiadas por acciones de forma obligatoria por el FROB y estas a su vez fueron compradas por el FGD, hay que propagar los efectos de la nulidad a estas posteriores actuaciones de canje y venta de acciones de manera que vuelva a todo a la situación inicial, esto es así conforme a la doctrina de la propagación de la ineficacia de los contratos fijada desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2014, y que admite la posibilidad de propagar la ineficacia contractual de un contrato a otros que guarden relación con el negocio que ha sido declarado inválido "no sólo cuando exista un precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior la causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido". En este sentido y respecto a un asunto similar, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mataró de 24 de Abril de 2013, se establece que el contrato de adquisición de valores y el negocio jurídico de canje de dichos valores por acciones del emisor están unidos por un vínculo funcional, al ser el primero de ellos el presupuesto, la causa o la base del negocio del segundo: la frustración de las expectativas de la inversión realizada a través del primer contrato, es la causa del segundo. Por lo tanto, su causa subjetiva, o motivo casualizado, asumido por ambas partes como presupuesto del negocio, es el contrato precedente de adquisición de valores. En consecuencia, siendo declarado nulo el contrato de adquisición de valores por





vicio del consentimiento, la declaración de nulidad debe extenderse al negocio jurídico subsiguiente de canje por acciones, por desaparición de su causa (art. 1275 CC). También se ha pronunciado en términos similares la Sentencia del Tribunal Supremo 375/2010 de 17 de junio de 2010 y la del mismo órgano de fecha 22 de diciembre de 2009.

No obstante, ante la imposibilidad de devolver físicamente las acciones dado que las mismas fueron vendidas y el actor recibió el dinero, lo que hay que devolver es el dinero y, dado que el demandado también tiene que devolver dinero, lo procedente es restar de la cantidad a restituir por la entidad bancaria, lo percibido por el actor como consecuencia de la venta de las acciones al FGD.

Esto implica que la parte demandada tendrá que devolver 9.169,17 € de la primera emisión (diferencia entre los 14.424,24 € invertidos y los 5.254,84 € recibidos del FGD) y la actora tendrá que restituir el importe de los rendimientos que ha venido recibiendo durante la vigencia del contrato. Igualmente y respecto de la deuda subordinada, la parte demandada tendrá que devolver 765 € (diferencia entre los 17.000 € invertidos y los 16.235 € recibidos por la amortización) y la actora los rendimientos obtenidos con dicha inversión.

Al tratarse de una obligación recíproca hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 1308 Cc en el sentido que "mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba" La parte actora no ha indicado qué rendimientos ha obtenido, señalando la entidad bancaria que desde el 2006 se han percibido 8.161,94 €, por lo que la actora para pedir la ejecución, y dado que tiene que devolver también lo percibido tendrá que indicar la cantidad percibida con anterioridad a dicha fecha. Esta matización es posible de conformidad con lo establecido en el artículo 219 LEC que permite dictar sentencias con reserva de liquidación si se trata de operaciones matemáticas y, en este caso se trata de operaciones incardinables en dicho concepto. Por ello, si el actor no puede aportar la documentación acreditativa de los ingresos percibidos por la Sra. Xxxxxxxx por la deuda subordinada cuya nulidad solicita, dado el tiempo transcurrido y que no es la afectada, sino la heredera, tendría que hacer el cálculo matemático de conformidad con los intereses que se indican en los documentos 1 y 5 de la contestación y si no lo puede hacer ella misma tendría que ser un perito aportado por la propia parte quien hiciese la oportuna liquidación. Esto es así porque, como he indicado por el artículo 1308 Cc si la actora no devuelve a la demandada lo que le corresponde no puede exigir el cumplimiento a la parte contraria.

Las consecuencias de la nulidad no implican sólo la devolución de las cantidades recibidas, sino que como indica el artículo 1303 Cc también se tienen que restituir sus frutos y sus intereses. Considero que en este caso, se tiene que aplicar el interés legal del dinero puesto que no se puede olvidar que las prestaciones entre las partes son recíprocas y en el supuesto de que se aplicase el interés a plazo fijo como señala la parte actora, sería ese mismo interés el que



habría que aplicar a la parte demandada en cuanto a los intereses que ella ha percibido, siendo incompatible la equiparación puesto que los rendimientos en este caso se abonaban por meses por lo que es inviable aplicar interés legal del dinero mensual. Además teniendo en cuenta que no se ha estado abonando el interés ofrecido, no se puede penalizar a la parte que ha cumplido aplicándole un tipo de interés a plazo fijo, que tampoco se sabe si sería o no el que habría obtenido puesto que se desconoce en qué productos se habría invertido el capital. Por ello, considero que no se ha acreditado enriquecimiento alguno por la parte actora al pedir este tipo de interés, por lo que ambos tendrán que aplicar el interés legal del dinero en sus respectivas cantidades a restituirse sin que se pueda excluir de estos intereses al actor puesto que la ley no prevé exclusión alguna salvo que se acredite alguna causa para no hacerlo y el actor no ha indicado ni acreditado causa alguna por la que él no deba de abonar el interés legal de los rendimientos desde el momento que los percibió. No obstante hay que tener en cuenta que del importe a entregar por la demandada, los intereses respecto de la cantidad objeto de la venta al FGD (deuda de la primera emisión) y de la percibida por la amortización (cuarta emisión), cesan desde el momento en que dichas cantidades fueron entregadas a la actora.

Este interés se aplicará hasta la sentencia que es el momento que se produce la nulidad del contrato, aplicándose ya desde la sentencia los intereses que establece el artículo 576 LEC.

#### **DECIMOSEGUNDO. COSTAS**

En materia de costas, el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de estimación parcial cada parte abonará sus costas.

Teniendo en cuenta los fundamentos anteriores, dado que hago una estimación íntegra de la demanda, sin que ocurran las excepciones para no imponer las costas a la demandada, procede imponer las mismas a la parte que ha visto rechazadas sus pretensiones.

#### **FALLO**

ESTIMO la demanda de juicio ordinario presentada por el procurador Juan Álvaro Ferrer Pons, en representación de XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX contra la entidad CATALUNYA BANC SA y declaro la nulidad de:

- a) Las obligaciones de deuda subordinadas de la 1ª emisión de Caixa Manresa, hoy CATALUNYA BANC SA siguientes:
  - a. 20-06-95, 5 títulos con valor nominal de 3.005,5 euros
  - b. 08-01-02, 2 títulos con valor nominal de 1.202,2 euros
  - c. 06-05-03, 1 título con valor nominal de 601,1 euros
  - d. 25-05-03, 5 títulos con valor nominal de 3.0005,5 euros
  - e. 24-11-03, 1 título con valor nominal de 601,1 euros



- f. 03-12-03, 7 títulos con valor nominal de 4.207,7 euros
- g. 08-03-04, 2 títulos con valor nominal de 1.202,2 euros
- h. 02-03-05, 1 título con valor nominal de 601,1 euros
- b) Subordinadas 4ª emisión de Caixa Manresa, hoy CATALUNYA BANC SA siguientes:
  - a. 09-01-03, 3 títulos con valor nominal de 1500 euros
  - b. 19-11-04, 18 títulos con valor nominal de 9.000 euros
  - c. 02-03-05, 1 título con valor nominal de 500 euros
  - d. 25-04-05, 2 títulos con valor nominal de 1.000 euros
  - e. 09-08-05, 10 títulos con valor nominal de 5.000 euros

Como consecuencia de dicha declaración de nulidad:

- a) La demandada tendrá que devolver a la actora por la primera emisión la cantidad de 9.169 € (diferencia entre los 14.424,24 € invertidos y los 5.254,84 € recibidos del FGD), más los intereses legales de la cantidad total invertida (9.169 €) desde la fecha de su desembolso hasta la fecha en que se le entregaron los 5.254,84 €. Desde ese momento solo meritará el interés legal la cantidad de 9.169 € hasta la fecha de esta sentencia. Igualmente la demandada tendrá que devolver respecto de la cuarta emisión la cantidad de 765 € (diferencia entre los 17.000 € invertidos y los 16.235 € recibidos por la amortización) más los intereses legales de la cantidad total invertida (17.000 €) desde la fecha de su desembolso hasta la fecha en que se le entregaron los 16.235 €. Desde ese momento solo meritará el interés legal la cantidad de 765 € hasta la fecha de esta sentencia.
- b) El actor tendrá que devolver a la parte demandada los intereses percibidos como rendimiento de los cupones más el interés legal de lo recibido desde la fecha de cada una de las recepciones hasta la fecha de la sentencia.
- c) A partir de la fecha de esta sentencia, la cantidad resultante de la resta de los apartados a) y b) que dará lo que la actora puede exigir a la demandada, devengarán los intereses del artículo 576 LEC

Impongo las costas de este procedimiento a la demandada.

Para fijar la cantidad concreta a reclamar a la demandada, las partes tendrán que realizar la oportuna liquidación, la cual, en el caso de que no se haga voluntariamente se realizará en ejecución de sentencia, indicando que no se podrá pedir la devolución de los 9.934 € más los intereses si no se descuenta lo que la actora tiene que abonar al tratarse de obligaciones recíprocas en que una parte no puede pedir lo que tiene que cumplir la otra si a su vez ella no cumple con su obligación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días desde su notificación, recurso que, en su caso, se presentará ante este Tribunal y será resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona. Para recurrir, salvo que se disponga del beneficio de justicia gratuita se tendrán que consignar



50 € en la cuenta del Juzgado.

Así lo acuerdo, mando y firmo.



Signat per Ortega Atienza, Rocio	Codi Segur de Verificació: 90KGS15FCG05QTF2E7J1O83AHF3CVR Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a> Administració de justícia a Catalunya / Administración de justicia en Cataluña	Data i hora 31/03/2015 14:21  Pàgina 28de 28
-------------------------------------	---	--



## Mensaje LexNet - Notificación

### Mensaje

<b>IdLexNet</b>	201510067740510	
<b>Asunto</b>	Notifica sentencia I Procedimiento ordinario	
<b>Remitente</b>	<b>Órgano Judicial</b>	JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA N. 20 de Barcelona, Barcelona [0801942020]
	<b>Tipo de órgano</b>	JDO. PRIMERA INSTANCIA
<b>Destinatarios</b>	FERRER PONS, JUAN ALVARO [724]	
	<b>Colegio de Procuradores</b>	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
<b>Fecha-hora envío</b>	01/04/2015 09:12	
<b>Adjuntos</b>	0801942020_20150331_0236_850577_00.pdf(Principal) Hash del Documento: 2c7636333f40a36cab584b559e5541ccb56e1aab	
<b>Datos del mensaje</b>	<b>Tipo procedimiento</b>	ORD
	<b>Nº procedimiento</b>	0000574/2014
	<b>Detalle de acontecimiento</b>	Notifica sentencia

### Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
01/04/2015 11:06	FERRER PONS, JUAN ALVARO [724]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
01/04/2015 09:12	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	LO REPARTE A	FERRER PONS, JUAN ALVARO [724]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(\*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.

Signature  
Not Verified

LEXNET

