

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA**

SECCION Decimotercera

ROLLO Nº 709/2015-4ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 273/2014

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 33 BARCELONA

SENTENCIA Núm. 426/2016

Ilmos. Sres.

D. JOAN CREMADES MORANT

Dª. ISABEL CARRIEDO MOMPIN

Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

Dª. M. PILAR LEDESMA IBAÑEZ

En la ciudad de Barcelona, a 29 de septiembre de 2016.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 273/2014 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 33 Barcelona, a instancia de D. Jose , contra CATALUNYA BANC S.A., los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora como apelantes principales y por la parte demandada como apelante via impugnación contra la Sentencia dictada en los mismos el día 27 de marzo de 2015 por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada , es del tenor literal siguiente: "FALLO: Se desestima la demanda interpuesta por Don . y Doña representados por la Procuradorea de los Tribunales don Beatriz de Miquel Bales, frente a CATALUNYA BANC S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Ignacio López Chocarro, absolviéndose a la demadnada de las acciones deducidas en su contra. Y todo ello sin expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte acota mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma y formuló impugnación contra la sentencia, dándose traslado a la apelante principal que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2016 .

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Utrillas Carbonell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Apelan los demandantes Sr. í la sentencia de primera instancia desestimatoria de la pretensión principal de la demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, por vicios en el consentimiento, de la operación de compra de 450 participaciones preferentes de la Serie B, de Caixa Catalunya Preferential Issuance Ltd., con fechas 2 de abril de 2001, 2 de marzo de 2006, y 3 de mayo de 2006, por importe conjunto de 450.000 €, sin impugnar expresamente en la apelación el pronunciamiento contenido en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de primera instancia (pg 17 último párrafo, y pg 18 dos primeros párrafos), que declara la extinción de la acción de nulidad en cuanto a los 378 títulos que fueron vendidos por los actores en el año 2009, obteniendo el 100% del capital invertido en ellos, limitando la acción de nulidad a los 72 títulos restantes, adquiridos por el precio de 72.000 €, que fueron posteriormente canjeados por acciones de Catalunya Banc, S.A., y posteriormente vendidos al Fondo de Garantía de Depósitos, con fecha 26 de junio de 2013, por la cantidad de 23.967'68 €.

En este sentido, es doctrina pacífica y constante (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995, y 9 de mayo de 2001; RJA 2429/1995, y 7383/2001) que los tribunales de apelación, aunque tienen competencia no sólo para revocar, adicionar, o suplir o enmendar las sentencias anteriores, sino también para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que procede, ello es salvo en aquellos aspectos en los que, por conformidad o allanamiento de las partes, algún punto litigioso ha quedado firme y no es, consiguientemente, recurrido.

Es decir que el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que haya sido consentido por la parte a quien perjudique, el cual debe ser tenido como firme y con autoridad de cosa juzgada, no puede volver a ser considerado y resuelto por la sentencia de apelación, al haber quedado totalmente fuera de su ámbito de conocimiento.

En consecuencia, en el presente caso, en el que los apelantes no hacen mención alguna en su escrito de apelación a los 378 títulos respecto de los cuales se declara extinguida la acción de nulidad en pronunciamiento expreso de la sentencia apelada, se entiende que ha quedado firme el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que declara la extinción de la acción de nulidad en cuanto a los 378 títulos que fueron vendidos por los actores en el año 2009, años antes de la presentación de la demanda, el 27 de febrero de 2014, quedando por consiguiente limitada la apelación a los 72 títulos restantes.

SEGUNDO.- Apelan los demandantes el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia desestimatorio de la pretensión principal de la demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, por vicios en el consentimiento, de la operación de compra de 72 participaciones preferentes de la Serie B, de Caixa Catalunya Preferential Issuance Ltd., por importe conjunto de 72.000 €, a la que opuso la demandada la caducidad de la acción de nulidad, por el transcurso del plazo de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil, motivo de oposición que se entiende que se mantiene en la segunda instancia por la apelada, no obstante la confusa redacción de su escrito de oposición e impugnación, por las alegaciones en el mismo en cuanto a la naturaleza de la operación y su pretendida condición de contrato de tracto único, siendo por lo demás la caducidad una cuestión apreciable de oficio.

Centrada así la primera cuestión discutida en el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad del artículo 1.301 del Código Civil, es doctrina comúnmente admitida que la acción de nulidad por vicios del consentimiento del artículo 1.301 del Código Civil está sujeta a un plazo de ejercicio de caducidad, y no de prescripción

(Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006, 23 de septiembre de 2010, o 18 de junio de 2012).

Aunque el mismo Tribunal se ha encargado de precisar en cuanto al comienzo del cómputo del plazo (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983, 11 de julio de 1984, 27 de marzo de 1989, o 11 de junio de 2003) que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, de modo que la consumación sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

En relación con la cuestión del "dies a quo" en el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1.301 del Código Civil, han venido manteniéndose dos posturas contrapuestas entre las distintas Audiencias Provinciales según se considere que nos hallamos ante un contrato de tracto único o de tracto sucesivo, aunque esta Sala ha venido resolviendo reiteradamente en anteriores ocasiones (Sentencias de esta Sección Decimotercera de 27 de junio de 2014, o de 25 de julio de 2014 (ROJ SAP B 8086/2014, y 8028/2014) que, en este caso, nos encontramos ante un contrato de inversión, que no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores, pues tal inversión tiene un plazo perpetuo, a lo largo del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo, y se mantienen obligaciones y derechos de gestión, como consta en los extractos aportados (doc 17 de la demanda; doc 1 de la contestación).

En el mismo sentido se ha pronunciado la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015, según la cual en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

En este caso, hubo liquidaciones de los rendimientos o cupones de las participaciones preferentes (doc 17 de la demanda), hasta la Resolución del FROB, de 7 de junio de 2013, por la que se acordó el canje de los productos contratados por acciones de Caixa Catalunya, habiéndose presentado la demanda en ejercicio de la acción de nulidad el 27 de febrero de 2014.

En consecuencia, en el presente caso, no se da la caducidad opuesta por la

demandada.

TERCERO.- Apelan, en cuanto al fondo, los demandantes la sentencia de primera instancia desestimatoria de la pretensión principal de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad, por vicios en el consentimiento, alegando la demandada la ausencia de incumplimiento del deber de información en el momento de la adquisición por los demandantes de los títulos objeto de la operación de inversión, por cuanto tenían a su disposición el folleto informativo inscrito en la CNMV, y se les entregó la documentación necesaria, además de recibir la información verbal correspondiente.

Planteada la nulidad del contrato concertado entre las partes por vicio en el consentimiento de la parte demandante, es lo cierto que las participaciones preferentes deben considerarse productos financieros complejos, por contraposición a los productos no complejos, de acuerdo con los artículos 2.2 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, de modo que la libre y válida prestación del consentimiento por parte del inversor ha de ir precedida de la oportuna información del producto facilitada por el oferente, sea una empresa de servicios de inversión o directamente una entidad de crédito.

Por lo que, si no hubo información de ninguna clase o si la información no es adecuada o bastante, cabrá apreciar un error excusable en la formación de la voluntad del cliente inversor, razón bastante para la invalidación del contrato, de acuerdo con los artículos 1266 y 1300 del Código Civil, bien entendido que el error no opera sobre los motivos subjetivos que impelen a cada contratante a actuar sino sobre la base del negocio o función económico-social del mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2009 (RJA 4742/2009), y que resulta inexcusable el error que pudiera haberse evitado con el desarrollo de una diligencia media o normal (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo y 10 de junio de 2010).

En concreto, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrolla la previsión de normas de conducta que deben cumplir las empresas del mercado de valores, que es analizado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 (RJA 3387/2013), exige que tales empresas deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos

de inversión. Especial rigor se prevé en lo relativo a la información que las empresas deben facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «1. 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 [...]. 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.». Y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 (RCL 1995, 3013), que desarrolla parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, dispone en su art. 9, en relación con la información sobre operaciones: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

Aunque, siguiendo lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 (Casación nº 1729/2010), si bien en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

En el mismo sentido se manifiesta la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014), según la cual, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error como vicio del consentimiento, aunque no cabe duda que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

En general, es doctrina comúnmente admitida la que, de acuerdo con el principio de conservación del negocio, recogido en preceptos dispersos del ordenamiento jurídico, como es el artículo 1284 del Código Civil, y acogido claramente por la doctrina (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990;RJA 2302/1990, y Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992;RJA 8594/1992), viene exigiendo para la nulidad contractual, por la concurrencia de error o dolo, que pueda ser apreciada una equivocación sustancial

al contratar.

En cuanto al error, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 y 14 de febrero y 29 de marzo de 1994) que para que el error en el consentimiento tenga relevancia jurídica, conforme a lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, ha de reunir los dos fundamentales requisitos de ser esencial y excusable, es decir que 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, y que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1953, 27 de octubre de 1964, y 4 de enero de 1982), siendo mayor la diligencia exigida cuando se trata de un profesional o un experto, y menor cuando se trata de una persona inexperta que entra en negociaciones con un experto (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1974, 4 de enero de 1982, y 18 de febrero de 1994).

En este caso, no puede considerarse probado por la parte demandada, por la prueba documental, y la declaración de los testigos, empleados de la demandada que, previamente a la celebración de la operación que es objeto del pleito, se informara expresa y claramente a los clientes sobre los riesgos de la operación de compra de participaciones preferentes, no habiendo ni tan siquiera interesado la demandada el interrogatorio de los demandantes, limitándose la apelante a alegar la publicidad registral consultable del folleto informativo (doc 2 de la contestación) depositado en la CNMV, que no ha sido probado que fuera facilitado, explicado, y entendido por los clientes.

Tampoco, a partir de la información sobre rendimientos, o la información fiscal (doc 1 de la contestación), y el mero transcurso del tiempo, es posible alcanzar la pretendida conclusión presuntiva de la información ofrecida a los clientes en el momento de la suscripción de las participaciones preferentes, por cuanto en la documentación referida no consta información alguna sobre las características de las participaciones preferentes.

Tampoco a partir del conocimiento de las características de las participaciones preferentes que demuestran los demandantes, o sus abogados, con posterioridad al canje de los productos, el inicio de las reclamaciones a la demandada, o en el momento de la redacción y presentación de la demanda en el año 2014, es posible alcanzar la pretendida conclusión presuntiva de ese conocimiento por los clientes,

nueve años antes, en el momento de la adquisición de las participaciones preferentes entre los años 2001 y 2006, cuando, es un hecho notorio, como tal no necesitado de especial prueba, que la mera condición de jurista no significaba necesariamente el conocimiento, en aquellos años, de los riesgos de los productos financieros complejos, de los que, es igualmente un hecho notorio, que se empezó a tener un claro conocimiento, en general, a partir del estallido de la crisis económica en el año 2008.

En este sentido, el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite asumir la certeza de un hecho, a partir de otro hecho admitido o probado, sólo si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, aunque, según doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003; RJA 1568/2003), no se exija que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los "facta concludentia" que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, debiendo en todo caso estar sometida a la lógica la operación deductiva.

Por el contrario, no consta que los demandantes, en el momento de la adquisición de las participaciones preferentes, tuvieran conocimientos o experiencia en productos financieros complejos, no habiendo constancia de que se les hiciera un test de conveniencia.

En concreto, no es posible alcanzar la conclusión presuntiva de que el demandante tuviera conocimientos o experiencia en productos financieros complejos en el momento de la adquisición de las participaciones preferentes, a partir del simple dato de que ejerciera la profesión de abogado.

Por el contrario, resulta de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, la prueba documental, y la ausencia de prueba en contrario, que los demandantes eran clientes minoristas; que habían venido invirtiendo en el pasado en depósitos a plazo fijo y otros productos sin riesgo de pérdida del capital invertido (doc 6 de la demanda); y que las participaciones preferentes se les presentaron por la entidad financiera como un producto conservador, indicado para inversores que quieren asumir pocos riesgos (doc 1 de la demanda).

En este sentido, en la actualidad, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015; RJA 5066/2015), que el suministro de una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros.

Incluso el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone

necesariamente ese carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

Tampoco lo supone el hecho de que el administrador de la sociedad mercantil pudiera realizar la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2015 (JUR 2015, 270609) se declara que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.

En este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

En las Sentencias del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781), y 460/2014, de 10 de septiembre, se declara que la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es

excusable al cliente.

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

En las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 244/2013, de 18 de abril (RJ 2013, 3387), y 769/2014, de 12 de enero de 2015, ya se declaró que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

En consecuencia, en el presente caso, no es posible, a partir de lo actuado, alcanzar la conclusión, siquiera presuntiva, del conocimiento por los clientes de las características de las participaciones preferentes en el momento de su suscripción, siendo el error esencial y excusable, que sirve de fundamento al ejercicio de la acción de nulidad que integra la pretensión principal de la demanda.

CUARTO.- En cuanto a la pretendida existencia de actos contradictorios con las acciones ejercitadas, por el cobro de rendimientos, o por la operación de canje de las participaciones preferentes por acciones de Catalunya Caixa, en virtud de la Resolución del FROB de 7 de junio de 2013, y la posterior venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos, con fecha 26 de junio de 2013, por el precio de 23.967'68 € (docs 9 y 10 de la demanda), es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1990, 5 de Marzo de 1991, 4 de Junio de 1992, 12 de Abril de 1993, y 30 de Mayo de 1995) que únicamente son actos propios los caracterizados por una clara, expresa, y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo el propio acto revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados, de modo que los actos propios para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995, 30 de septiembre de 1996, y 20 de junio de 2002; RJA 291/1995, 6821/1996, y 5230/2002).

En este caso, en el momento del canje y la venta posterior de los títulos, no consta que los clientes asumieran ninguna información ofertada por la demandada acerca de las características de las participaciones preferentes, como tampoco consta en ese momento ninguna renuncia a las acciones legales oportunas que pudieran corresponder a los actores por la compra de los productos financieros con una deficiente información, por lo que, en ningún caso, es posible interpretar la actuación de los demandantes en el canje o la venta como una convalidación de la compra anterior.

En este sentido, el artículo 1311 de la Código Civil exige para la confirmación tácita de los contratos que se haga con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, y que el acto posterior implique necesariamente la voluntad de renunciar a la nulidad, nada de lo cual concurre en el presente caso, en el que, en el momento del canje por acciones, y la posterior venta de las acciones, no consta ningún acto de los demandantes que implique necesariamente la voluntad de renunciar a la acción de nulidad en relación a la adquisición de las participaciones preferentes que son objeto del pleito.

En el mismo sentido, la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015, declara que la petición de rescate no es significativa de la voluntad de la demandante de extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada. La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error

en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto de la renuncia a la acción de anulación del contrato. Menos aún lo es la reintegración parcial de la cantidad invertida, sin haber renunciado a la acción.

Por lo demás, en los términos de la reciente Sentencia, de 15 de abril de 2015, de esta misma Sección 13^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (ROJ SAPB 3717/2015), en este ámbito, no puede cuestionarse la actuación administrativa, es decir, la validez del canje, sino la operación que dio lugar a la adquisición de las participaciones preferentes, y aquella actuación no supone impedimento para que operen los artículos 1303, 1307 y 1308 del Código Civil, con la consiguiente devolución de las participaciones preferentes u obligaciones subordinadas, o las acciones, a la entidad que las colocó al cliente o, en su caso, con la devolución de su valor cuando se perdieron.

La confirmación sólo es posible, según el artículo 1311 del Código Civil, cuando el acto tácito se realice con: a) conocimiento de la causa de nulidad; b) habiendo ésta cesado; c) y ejecutando un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a invocar la causa de nulidad. Que se acepten liquidaciones positivas o que se suscriban contratos que novan los precedentes, no supone conocimiento de la causa de nulidad, por lo que no opera el precepto; y si además persiste el vicio tampoco podría acogerse la confirmación.

En el caso del canje y la venta posterior, su aceptación sólo podría ser "confirmación" si hubiera "ánimo confirmatorio", pero no cuando lo que se pretende es minimizar la pérdida, aceptando el mal menor que supone el cambio; no se pretende hacer eficaz el contrato viciado, sino evitar una pérdida completa de lo invertido.

QUINTO.- En cuanto a los efectos de la nulidad, en los términos de la reciente Sentencia, de 15 de abril de 2015, de esta misma Sección 13^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (ROJ SAPB 3717/2015), en orden a la restitución recíproca, con abono del interés legal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil, como efecto de la nulidad, en el supuesto de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas, el Banco está obligado a restituir el precio percibido, por lo que los títulos deben quedar a su disposición; y en el caso de los canjes del FROB, al haberse sustituido los títulos, deben entregarse los nuevos, dado que los anteriores ya no están a disposición del actor, y si la restitución es imposible, ha de estarse al valor de las prestaciones en el momento en que "la cosa se perdió" o se transmitió, según el artículo 1307 del Código Civil, y Sentencias del Tribunal

Supremo de 25 de marzo de 1988 y 6 de junio de 1997, o que se reintegre el valor de dicho canje, es decir, las nuevas acciones u obligaciones adquiridas.

Además, apreciada la nulidad del contrato, todas las consecuencias del mismo quedan sin efecto, quedando afectados los contratos vinculados a aquel, debiendo constar la debida relación causal entre el contrato anulado y aquel al que se pretendan extender los efectos de dicha nulidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 y 17 de junio de 2010), siendo manifiesta la relación directa entre la adquisición de las preferentes u obligaciones subordinadas y su posterior canje por acciones.

Por lo demás, la devolución recíproca de lo que fue objeto del contrato es una consecuencia "ex lege", conforme al artículo 1303 del Código Civil, del pronunciamiento estimatorio de la pretensión de nulidad.

En este sentido, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2006; RJA 701/2007) que la obligación de restitución de las prestaciones recibidas que establece el artículo 1303 del Código Civil, para cuando se declare la nulidad de una obligación, no precisa ni siquiera de petición de parte, en razón del principio "iura novit curia".

Es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2011; RJA 569/2011) que los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación.

A ellos se refiere el artículo 1108 del Código Civil, según el cual, si la obligación tuviera por objeto la entrega de una cantidad de dinero, la indemnización de los daños y perjuicios consistirá en el abono de los intereses convenidos o, en su caso, de los legales. Sigue el precepto, en este punto, la línea marcada por el artículo 1017 del Proyecto de 1851, tras el 1153 del Código Civil francés - "[...] ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal [...]" - .

Sin embargo, no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria. Antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa - Sentencias del Tribunal Supremo nº 81 /2003, de 11 de febrero (RJ 2003, 1004) , 325/2005, de 12 de mayo (RJ 2005, 6377), y 1385/2007, de 8 de enero (RJ 2007, 812), entre otras muchas -.

Así lo hacen los artículos 1295, primer párrafo, y 1303 del Código Civil , al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante

una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas - sentencias nº 772/2001, de 20 de julio(RJ 2001, 8403), 812/2005, de 27 de octubre (RJ 2005, 7356), y 1385/2007, de 8 de enero(RJ 2007, 812), entre otras -, cual sucede con la resolución de las relaciones contractuales, como regla general.

Pues bien, desde el punto de vista de la congruencia, una y otra clase de intereses recibe distinto trato en la jurisprudencia.

En efecto, como establecen las Sentencias nº 988/1996, de 18 de noviembre (RJ 1996, 8361), 274/2002, 21 de marzo (RJ 2002, 2526), y 741/ 2008, de 18 de julio (RJ 2008, 4719), entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia.

Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias nº105/1990, de 24 de febrero, 120/1992, de 11 de febrero, 24 de febrero de 1992(RJ 1992, 1513)(recurso número 105/1990), 81/2003,de 11 de febrero, 812/2005, de 27 de octubre,934/2005, de 22 de noviembre (RJ 2005, 10198),473/2006,de 22 de mayo(RJ 2006, 5825), entre otras - considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio " iura novit curia " y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia.

Interpretación que se refuerza por el hecho de que las mencionadas normas se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 del Código Civil.

Esa doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también - argumento "a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo.

Por lo que, en el presente caso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, procede la condena de la demandada a la restitución a la parte actora de las cantidades invertidas en la compra de las 72 participaciones preferentes, por importe de 72.000 €, más los intereses legales de las cantidades invertidas, devengados desde la fecha de la compra, hasta la venta de las

participaciones canjeadas por acciones, por importe de 23.967'68 €, con fecha 26 de junio de 2013 (doc 10 de la demanda); y al pago de los intereses legales de la cantidad de 48.032'32 € (72.000 - 23.967'68), desde el 26 de junio de 2013, hasta el completo pago.

Aunque, en relación de reciprocidad con la obligación de la demandada, en aplicación de la norma sobre la recíproca restitución de prestaciones del artículo 1303 del Código Civil, procede la minoración de la condena de la demandada, no sólo con la cantidad obtenida por la demandante con la venta de las acciones, por importe de 23.967'68 € (doc 10 de la demanda), sino también con el importe de las retribuciones percibidas por la demandante por las 72 participaciones preferentes objeto de la acción de nulidad; en ambos casos con los intereses legales del producto de la venta, y de los referidos rendimientos, percibidos por la parte actora, desde su percepción, y hasta el completo pago o compensación.

En consecuencia, procede la estimación parcial de la pretensión principal de nulidad de la demanda, y por consiguiente la estimación parcial de la apelación de la parte demandante.

SEXTO.- Impugna, a su vez, la parte demandada Catalunya Banc, S.A. la sentencia de primera instancia, sin una clara finalidad procesal, por cuanto la sentencia de primera instancia es completamente desestimatoria de la demanda, y la impugnante concluye su escrito de impugnación solicitando que se confirme íntegramente la sentencia apelada de contrario.

En este sentido, es doctrina constante, uniforme, y reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2000; RJA 5546/1998 y 9445/2000) que la existencia de un interés, perjuicio, o agravio para el litigante supone un requisito indispensable para la legitimación activa en todo recurso.

En consecuencia, en el presente caso, careciendo la parte demandada de cualquier interés legítimo en la impugnación de la sentencia de primera instancia, habiéndose admitido incorrectamente la impugnación de la demandada, la causa de inadmisión advertida se convierte en causa de desestimación, según es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 1996, 8 y 21 de octubre de 1996, y 4 de julio de 2005; RJA 6504, 7061, y 7233/1996, y 5275/2005, por lo que procede la desestimación de la impugnación de la parte demandada.

SÉPTIMO.- De acuerdo con el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la resolución parcialmente estimatoria de la demanda, no procede hacer

especial pronunciamiento en cuanto a las costas de la primera instancia.

OCTAVO.- De acuerdo con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la resolución parcialmente estimatoria del recurso de apelación de la parte demandante, no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de su recurso de apelación.

De acuerdo con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la resolución desestimatoria de la impugnación de la parte demandada, procede la imposición a la demandada impugnante de las costas de su impugnación.

NOVENO.- De acuerdo con la Disposición Adicional Quince.8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción del artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, siendo la resolución parcialmente estimatoria del recurso de apelación de la demandante, procede la devolución a la actora apelante del depósito para recurrir.

F A L L A M O S

Que. ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación de los demandantes y DESESTIMANDO la impugnación de la demandada Catalunya Banc, S.A., se REVOCA PARCIALMENTE la Sentencia de 27 de marzo de 2015 dictada en los autos nº 273/14 del Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Barcelona, acordando la ESTIMACIÓN PARCIAL de la pretensión principal de la demanda, declarando la nulidad de la operación de compra de 72 participaciones preferentes de la Serie B, de Caixa Catalunya Preferential Issuance Ltd., con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a la restitución a la actora de la cantidad de 72.000 €, más intereses legales desde la compra, menos el valor de las acciones objeto del canje, por importe de 23.967'68 €, menos los rendimientos abonados a la demandante, a determinar en ejecución de sentencia, en ambos casos más intereses legales desde su percepción; sin expresa imposición de las costas de la primera instancia; con imposición de las costas de su impugnación, a la parte demandada; sin expresa imposición de las costas del recurso de apelación de la parte demandante, y con devolución a la actora apelante del depósito para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, por interés casacional, y recurso

extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días desde su notificación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACION.- Barcelona,

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de la fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.