



Roj: **SAP B 9894/2017 - ECLI:ES:APB:2017:9894**

Id Cendoj: **08019370112017100376**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **16/10/2017**

Nº de Recurso: **487/2015**

Nº de Resolución: **531/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL MAR ALONSO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866150

FAX: 934867109

EMAIL:aps11.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0811342120138256779

Recurso de apelación 487/2015 -C

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Manresa

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 846/2013

Parte recurrente/Solicitante: CATALUNYA BANC, S.A.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: IGNASI FERNANDEZ DE SENESPLEDA

Parte recurrida: Zaira

Procurador/a: Inmaculada Guasch Sastre

Abogado/a:

SENTENCIA N° 531/2017

Magistrados:

Josep Maria Bachs Estany

Maria del Mar Alonso Martinez

Antonio Gomez Canal

Lugar: Barcelona

Fecha: 16 de octubre de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 18 de mayo de 2015 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 846/2013 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Manresa a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Ignacio Lopez Chocarro, en nombre y representación

de CATALUNYA BANC, S.A. contra Sentencia de fecha 07/11/2014 y en el que consta como parte apelada el/ la Procurador/a Inmaculada Guasch Sastre, en nombre y representación de Zaira .

Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:" QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA formulada por Zaira :

A)DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD de la compraventa de títulos de duda subordinada impugnados, así la venta posterior y el laudo ulterior.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a Catalunya Banc S.A. al abono de 12.313'95 euros.

C) No se hace especial imposición de costas."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos, y se designó ponente a la Magistrada Maria del Mar Alonso Martinez.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 04/10/2017.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Recurre en apelación contra la Sentencia de instancia la demandada, solicitando su revocación y la íntegra desestimación de la demanda.

La actora se opuso al recurso peticionando su desestimación, con imposición de las costas a la recurrente.

SEGUNDO.- Opone en primer término la recurrente la existencia de infracción de normas y garantías procesales por incogruencia fundada en la vulneración de los límites jurisdiccionales del recurso de apelación, dado que la Sentencia recurrida entra a conocer sobre extremos consentidos que no han sido objeto de impugnación. Asimismo la infracción de las normas procesales reguladoras de la competencia para conocer de la anulación del laudo arbitral por entender competencia al Tribunal Superior de Justicia e infracción de las normas procesales, arts. 216 y 218 de la L.E.C . e infracción del art. 24 y 2 de la C .E. y la doctrina aplicable. Finalmente la existencia de cosa juzgada material al existir una resolución definitiva, Laudo vinculante para ambas partes, debiéndose proceder al sobreseimiento de la reclamación actora.

No puede aceptarse esta alegación.

Efectivamente consta que la instante solicitó acogerse al procedimiento de **arbitraje** de consumo en documento con membrete de la propia bancaria , el 28/06/2013, más también resulta de las actuaciones que con fecha 19/11/2013 tuvo entrada en esa entidad documento de renuncia , remitido a la Junta Arbitral de Consumo de Catalunya , en el que se ponía de manifiesto la renuncia al **arbitraje**, añadiéndose que se firmó el documento de petición sin habersele explicado para que servía.

Ello no obstante con fecha 10/04/2014 se dictó el Laudo acordando el abono a la ahora apelada de 3.584,15 euros, habiéndose procedido previamente a la venta de acciones por importe de 35.686,05 euros, si bien consta en la resolución apelada que no se ha llegado a ejecutar .

Según el art. 41 de la ley 60/2003 de 23 de diciembre , de **arbitraje**,el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe, entre otros extremos que el convenio arbitral no existe o no es válido, disponiéndose en el art. 42 que la acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, sin perjuicio de las especialidades que refiere.

Partiendo de lo expuesto en el supuesto de autos, debe considerarse que ejercitándose acción de nulidad por la actora y habiendo recaído Laudo tras la renuncia de la parte y por falta de información de la misma, concurriendo por tanto causa de invalidez del Laudo, el mismo quedó anulado, incidiendo en tal conclusión la teoría de la propagación que conllevaría la nulidad de acto consecuencia de otro previo viciado de nulidad, que en el presente serían los propios contratos de sucripción de la deuda subordinada y respecto del cual además se efectuó oportuna renuncia antes de su dictado.

En consecuencia ninguna infracción cabe apreciar ni tampoco la existencia de la cosa juzgada, por la propia nulidad del Laudo.

TERCERO.- Seguidamente opone la apelante que los títulos de obligaciones subordinadas y preferentes son un título valor que generan una obligación de pago por su emisor y que este procedimiento no puede cuestionar la validez de la emisión y por ende de los títulos en sí mismos.



Sigue exponiendo que la nulidad no lo es respecto del título mismo, sino respecto del contrato de compraventa.

Ningún pronunciamiento procede efectuar al respecto, más allá que exponer que la resolución apelada no cuestiona los títulos como tal, sino que valora la inexistencia del consentimiento en la celebración del contrato y declara la nulidad de la compraventa, de modo que no cabe más reflexión que la expuesta, no existiendo el cuestionamiento con el que muestra disconformidad. No se anula ni declara la nulo el título valor sino el contrato de suscripción.

CUARTO.- El siguiente punto del recurso versa sobre la ausencia de asesoramiento financiero por parte de la entidad de crédito, entendiéndose que la relación entre las partes podía calificarse de arrendamiento de servicios.

No cabe acoger éste motivo de apelación. Efectivamente no nos hallamos ante un supuesto de asesoramiento en la forma contemplada por art. 63 de la LMV, pero no puede obviarse que el ofrecimiento de la suscripción del producto de autos partió de la propia entidad de crédito y que tal y como resulta de la prueba practicada, no se ofreció la información precisa y debida a la apelada, atendiendo a sus circunstancias. Siendo un producto complejo es evidente que por la propia oferta existe de forma implícita una obligación de asesoramiento por parte de la entidad financiera, habiendo recibido aquella los consejos y seguido las indicaciones que ésta les iba suministrando.

Base y fundamento de lo expuesto se encuentra en la STS de 8/09/2014, que expresamente recoge que : " Significación y alcance de los deberes de información . Ya tuvimos ocasión de explicar en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto". "

QUINTO.- Expone la recurrente que el contrato se vio confirmado con la venta de los títulos y el cobro de los rendimientos.

Pues bien, el hecho de que se hubiera producido a la venta de los títulos no priva a la instante de la acción que se ejercita y por ello no puede aceptarse la presente argumentación. La existencia de un subsiguiente contrato, planteado además como única salida posible a la situación existente, no impide la pretensión que ejercitan los instantes.

Debe también aludirse como soporte de lo expuesto a la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato, de que es claro exponente la STS de 17/06/2010, en la que se recoge: " Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Estos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos.. "

Además no puede obviarse que conforme establece el art. 1311 del C.c. la confirmación puede hacerse expresa o tácitamente, más se entiende que se ha producido tácitamente cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo y tal circunstancia no consta que hubiera acontecido.

SEXTO.- Se remite seguidamente la apelante al plazo de caducidad, refiriéndose al 1.301 del C.c., entendiéndose que no nos hallamos ante un contrato de tracto sucesivo, sino de una compraventa y aludiendo a la interpretación del T.S. sobre la naturaleza de las participaciones preferentes y días a quo del cómputo de la caducidad y concluyendo que el plazo de caducidad es de 4 años desde la consumación del contrato de comercialización, aludiendo a diversas resoluciones judiciales .

No cabe apreciar la excepción.

Es doctrina constante del T.S, entre otras en Sentencias de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y de 27 de marzo de 1989 que cuando 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". El momento de la "



consumación " no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. No deberá estarse, por tanto, a la fecha del contrato sino a la de su consumación y no puede sostenerse que los contratos de autos se hubieran consumado al no haberse cumplido todas las obligaciones contraídas.

Como ya dijo ésta Sala en Sentencia de 4/09/2015 " La referida Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero del presente año 2.015, en el afán de buscar un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento, concluye que no basta la perfección del contrato para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Es precisa la consumación, es decir que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, lo que posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda entonces tomar conciencia del vicio del consentimiento que padeció; ello difícilmente podría ocurrir con la mera perfección del contrato si sus efectos han sido sometidos a un aplazamiento. Siguiendo el tradicional requisito de la "actio nata", recogido en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113), el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción pues no puede privarse de ésta "a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento." Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error." (STS de 12/1/15 , F J 5º). En este mismo sentido, y en un supuesto análogo al presente -se trataba de la adquisición de participaciones preferentes de la misma entidad- se pronunció con anterioridad la SAP de Lleida, Sec. 2ª, de 23/7/14 al decir que "En contratos u operaciones como la que nos ocupa o similares - adquisición de títulos de deuda subordinada o de participaciones preferentes - se ha dicho que la fecha de la consumación será la fecha de la última liquidación producida o la fecha en que el contratante tuvo pleno conocimiento de que se le había suministrado una información incorrecta que le indujo a error en la contratación (Ss. A.P. Castellón, 20/6/2013 ; Sta. Cruz de Tenerife, 3ª, 24/1/2013; Córdoba, 3ª, 12/7/2013; Salamanca, 1ª, 19/6/2013; Pontevedra, 1ª, 11/2/2014; León, 1ª, 6/3/2014; Valencia, 9ª, 20/3/2014; Badajoz, 2ª, 8/5/2014, entre otras)". "

En consecuencia, por lo expuesto, debe desestimarse también esta alegación, como ya se ha indicado, dado el devenir de los hechos, y la fecha de la aceptación de la oferta de adquisiciones de acciones, año 2013, mismo en el que se presentó la demanda.

SÉPTIMO.- El siguiente motivo de apelación versa sobre la acreditación del vicio del consentimiento y la carga probatoria de la información facilitada, exponiéndose que la documental acredita que desde largo tiempo atrás la apelada tenía a su disposición la libreta donde constaban reflejados todos los movimientos sobre los títulos y los rendimientos, así como información fiscal que periódicamente iba remitiéndose a la contraria. También expone que anteriormente se había contratado el mismo producto.

Con la prueba practica no puede entenderse probada la versión de la recurrente, pese a lo que expone la recurrente.

La apelada es cliente minorista, lo que les confería el máximo nivel de protección y no recibió la información adecuada, que le hubiera permitido conocer debidamente el contenido y alcance del producto suscrito, lo que suponía y a lo que le comprometía, pues únicamente existirá un contrato válidamente suscrito si el consentimiento prestado no presenta vicio alguno, si no existió error en una de la partes.

A tal conclusión se alcanza a la vista de la documental a la que tuvo acceso, la orden de compra, que no permite un conocimiento certero y pleno de las características y funcionamiento del producto adquirido, dado sus propios términos. No puede obviarse que la apelada no presenta una formación financiera específica y ni siquiera se ha probado que general y tampoco consta que verbalmente se les hubiera facilitado la idónea.

No consta, por lo expuesto que le fuera facilitada información precisa y clara que le permitiera conocer la operativa y carácter de las obligaciones subordinadas, pues ello no resulta de lo actuado.



OCTAVO.- La desestimación de la apelación determina que las costas originadas en ésta alzada deban imponerse a la apelante, conforme a lo previsto en el art. 398 de la L.E.C . , en relación con el art. 394 del mismo cuerpo legal .

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A., contra la Sentencia dictada en fecha 7 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Manresa , la cual se confirma, imponiendo las costas generadas por la apelación a la apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario, con pérdida del depósito que consignó la apelante.

Inclúyase en el libro de resoluciones definitivas dejando testimonio en el rollo de su razón procediendo seguidamente a la devolución de las actuaciones al juzgado con certificación de la presente para que cumpla lo ordenado.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo pronunciamos y firmamos.