

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN CATORCE

ROLLO NÚM. 451/2015

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 5 de BADALONA

JUICIO ORDINARIO NÚM. 238/2014

ANNA CAMPS HERREROS  
ADVOCAT  
PROCURADOR DELS TRIBUNALS  
Passeig de Sant Joan, 161, 4t. 1º.  
08037 BARCELONA  
Tels. 93 458 03 21 - 93 459 46 01  
Fax 93 457 20 27  
@ucampsprocura.com

## S E N T E N C I A N° 140/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. AGUSTIN VIGO MORANCHO

MAGISTRADOS

D. ESTEVE HOSTA SOLDEVILA

D<sup>a</sup>. MONTSERRAT SAL SAL

En la ciudad de Barcelona, a nueve de marzo de dos mil diecisiete

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA n° 5 DE BADALONA con el n° 238/2014 a instancias de MANUELA \_\_\_\_\_), representada por el Procurador sra. Camps, contra CATALUNYA BANC, S.A. representada por el Procurador Sr. Ignacio López Chocarro; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 17 de febrero 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: DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por Manuela l l contra Catalunya Banc SA y en consecuencia, Absuelvo a la demandada de los pedimentos*

*formulados en su contra, con imposición de costas a la actora."*

**SEGUNDO.**- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, evacuándose traslado a la contraria que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.**- Se señaló para votación y fallo el día 23 de febrero de dos mil diecisiete.

**CUARTO.**- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales excepcion de los plazos dada la situación de atraso que presenta esta seccion.

VISTO siendo Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Montserrat Sal Sal, Magistrada de esta Sección Catorce.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso. Hechos probados**

El recurso de apelación interpuesto por Manuela Frias, impugna la sentencia y reproduce los argumentos y pretensiones contenidos en su escrito de demanda, de existencia de error por incumplimiento de la demandada de los deberes legales de información vinculados a un contrato de asesoramiento en la adquisición de participaciones preferentes y la no confirmación del contrato por la venta de las acciones al FGD, planteando error en la valoración de la prueba así como en las normas aplicables y la jurisprudencia que las interpreta.

La demandada se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución.

Si bien en la demanda rectora de la presente Litis se ejercitaban con carácter subsidiario varias acciones, siendo

todas ellas desestimadas en la sentencia recurrida, el recurso se limita a interesar la declaración de nulidad dada la existencia de vicio en el consentimiento por error con las consecuencias inherentes a dicha acción. Por ello procederemos a hacer un breve relato de hechos probados, para, a posteriori, analizar en primer lugar la excepción planteada de extinción de la acción por la venta de las acciones obtenidas tras el canje forzoso de los títulos y pérdida del objeto, y, a continuación examinaremos la existencia del vicio denunciado y sus efectos.

Resulta acreditado en autos que la actora, Manuela , dedicada al cuidado de personas mayores y actualmente jubilada, cliente minorista, de perfil conservador, sin conocimientos financieros ni experiencia inversora conocida, cliente desde hacia mas de veinte años de la entidad Caixa Catalunya, oficina 0134 de Sant Adrià de Besos (extremos que no fueron negadas ni contradichas por la demandada) en fecha 19 de noviembre de 2010 suscribio con la entidad Caixa Catalunya (hoy Catalunya Banc) una orden de compra de 15 títulos de participaciones preferentes serie B, por un total de 15.000 euros (valor nominal del título 1000 euros). El 1 de junio de 2011 volvió a suscribir una orden de compra de 60 títulos por un total de 6.000 euros (valor nominal del título 100 euros). Igualmente suscribió un contrato de custodia y administración de valores, no consta se realizara test de conveniencia o idoneidad; siendo calificada como cliente minorista (documental 5, 6, 7, 9 acompañada con la demanda).

En las ordenes de compra se hacia constar expresamente que el perfil del producto era agresivo, indicado para inversores que buscan la rentabilidad de la renta variable con un horizonte superior a tres años y estén dispuestos a asumir disminuciones a corto plazo de la inversión y mayores volatilidades. Igualmente se hacia constar que la inversión resultaba adecuada de acuerdo con el resultado del test de conveniencia.

La entidad fue abonando los correspondientes rendimientos desde la compra hasta el 28 de febrero de 2012 por un total de 363,72 euros (documental 3 aportada por la demandada, folios 330 a 336).

Posteriormente, en virtud de los acuerdos adoptados por el FROB (FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA) respecto la deuda subordinada y participaciones preferentes de CATALUNYA CAIXA se canjearon los títulos por acciones; y posteriormente el FONDO DE GARANTIA DE DEPOSITO (FGD) adquirió las acciones canjeadas, una vez se aceptó la oferta efectuada por dicho organismo el 27 de junio de 2013, abonándole 7.114,42 euros (extremos reconocidos por la demandada y acreditados documentalmente a los folios 80 y 88).

En la misma fecha de la aceptación presento escrito de reserva de acciones legales para recuperar las pérdidas de capital sufridas, (dto 13 al folio 86) así como escrito de queja presentado el 15 noviembre de 2013 (dto 11).

En relación con las circunstancias de la operación realizada, asesorada la actora por la demandada suscribió las participaciones preferentes en la creencia de que era un producto de alta rentabilidad y que no había riesgo alguno de pérdida de capital.

Se presentó la demanda el 14 de febrero de 2014.

Pues bien, partiendo de tal relato fáctico, examinaremos la excepción planteada por la recurrente.

#### **SEGUNDO.- De la extinción de la acción**

La Juez de instancia atendió la excepción planteada por la parte apelada quien sostiene que cuando se produjo la venta de las acciones producto del canje forzoso de participaciones preferentes hubo una convalidación tácita del contrato, o que, en su caso, se ha visto privada de reintegrarle dicho producto

por lo que no podría ejercitar la acción de nulidad, impugnando la recurrente dicho pronunciamiento que debe estimarse, como ya hemos declarado en otras Sentencias en que se han examinado supuestos de suscripción de Participaciones Preferentes o de Obligaciones Subordinadas similares al de autos. Así, en relación a los actos de convalidación o confirmación del contrato, si bien respecto a un contrato de swap el TS en su reciente sentencia de 19 de julio de 2016 dispone:

*"TERCERO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación.*

*1.- Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atendremos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero.*

*Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.*

*Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de*

recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. Para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC.

2.- En relación con lo anterior, hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil. Como dijimos en la sentencia núm. 924/1998, de 14 de octubre, al tratar un pretendido consentimiento «ex post»:

«En el estricto sentido de la palabra, tanto gramatical como jurídicamente, «consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el art. 1262 CC, según el cual «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que

se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual, pero no sobre lo ya verificado.

»Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal».

3.- Hemos dicho en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, al resolver un recurso de casación muy similar a éste, que «[1]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

Cierto es que en este caso se canceló anticipadamente el contrato, para lo que se obtuvo un nuevo préstamo hipotecario de la misma entidad, para sufragar su elevado coste, pero ello no tuvo como finalidad ni efecto la confirmación del contrato viciado, sino que únicamente se hizo para enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (en este sentido, sentencia de esta Sala núm. 57/2016, de 12 de febrero).

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 CC.

4.- Razones por las cuales no cabe considerar que en este caso se produjera una confirmación del contrato que sanara su anulabilidad. Lo que debe conducir a la estimación de este primer motivo de casación; y con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell, S.A. contra la sentencia de primera instancia, se confirma la misma.”

Esta sección, de conformidad con la doctrina expuesta, entiende que ni el canje por acciones (en cuanto impuesto por el FROB) ni, en este caso concreto, la venta de estas al FGD implican una confirmación o convalidación del contrato. Para que se produzca la confirmación tácita, con la consiguiente extinción de la acción de nulidad (*artículo 1.309 del Código Civil*), basta que concurren los requisitos descritos en el *artículo 1.311 del Código Civil*, esto es, que con conocimiento de la causa de invalidez y habiendo ésta cesado el que tuviese derecho a invocarla ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla. Pues bien, en el presente caso no puede admitirse que se ejecutara un acto con la voluntad de renunciar a la acción derivada de los vicios existentes en el negocio jurídico de adquisición de participaciones preferentes, pues lo cierto es que ante la disyuntiva de conservar unas acciones sin valor y obtener una parte de la inversión la actora optó por esta última opción y dado que el mismo día de la aceptación de la oferta realizada por el FGD, presento escrito afirmando que tal aceptación no implicaba ni confirmación del contrato ni renuncia a las acciones pertinentes para recuperar su inversión. Ello nos lleva a afirmar que con la aceptación de la oferta del FGD no estaba confirmando el negocio inicial ni renunciaba a las acciones que la nulidad de dicho negocio pudiera acarrear, del mismo modo que la entidad hacía constar en la referida solicitud que la aceptación de la misma y la presentación de propuesta de convenio no suponía ningún reconocimiento por su parte de la existencia de deficiencias en la suscripción de los títulos al igual que se publicitaba que la aceptación de la oferta del FGD no impedía ni la solicitud de arbitraje ni el ejercicio de acciones judiciales.

En cuanto a la pérdida del objeto, que es una modalidad de confirmación tácita, regulada en el *artículo 1.314 del Código Civil*, debe indicarse que en este artículo se contienen dos supuestos: en primer lugar, la pérdida puramente material, como la destrucción o el extravío o la consumición; y, en segundo lugar, una pérdida jurídica, como puede ser la

enajenación de la cosa que no puede recuperarse. En este segundo supuesto entraría la venta de las acciones. En todo caso dicha pérdida habrá de ser dolosa o culposa. Pues bien, ciertamente podríamos admitir que se ha perdido el objeto, aunque estamos ante meras anotaciones contables, pero en modo alguno podemos considerar dicha pérdida culposa o dolosa, pues el actor no tomó iniciativa alguna para vender las acciones a un tercero sino que es la propia parte quien les hace la oferta del FGD cuya aceptación, como indicamos ut supra, no le impedía ejercitar acciones legales para recuperar las pérdidas constando en este caso expresamente la manifestación de la reclamante de que dicha aceptación no suponía la confirmación del contrato ni la renuncia a las acciones legales. Por otro lado es cierto que ya no podrá restituir los títulos en su día adquiridos por haberlos vendido precisamente al FGD, pero en tales casos debe estarse a lo dispuesto en el art. 1.307 Cci que ya previene que si el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no puede devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha, precepto que correctamente interpretado o adaptado a las circunstancias concurrentes en autos se traduce en tener que reintegrar la entidad demandada a la parte actora la total cantidad invertida, con más los intereses legales desde la fecha de las respectivas órdenes de compra (art. 1303 CC), y la demandante entregar el precio obtenido por la venta de las acciones en las que se habían convertido las participaciones con también sus intereses legales, así como la totalidad de los importes percibidos en concepto de rendimiento o retribución durante el periodo que mantuvo en su poder los títulos con igualmente los intereses legales desde la fecha de su cobro o percepción (1303 y 1307 CC).

Tampoco puede atenderse al alegato de la recurrida de que el actor va contra sus propios actos (artículo 111-8 Codi Civil de Cataluña). Respecto la doctrina de los actos propios la *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2013* declaró: "La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento

en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (*SSTS 9 de diciembre de 2010, 25 de febrero 2013*). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (*SSTS 9 de diciembre de 2010, 7 de diciembre de 2010, 25 de febrero 2013*). Significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real". Proyectada esta doctrina al presente caso es evidente que no puede aplicarse, pues en lo que a la aceptación de los rendimientos abonados por la entidad no era mas que la consecuencia lógica derivada del contrato y cuando el actor acepto la oferta de compra por el FGD se limitó a aceptar una de las opciones que se le daban, vender y recuperar una parte de la inversión o conservar unas acciones que carecían de valor, y aunque la aceptación de la oferta de adquisición fue voluntaria, no es menos cierto, como indicábamos, que expresamente y al mismo tiempo manifestó que reservaba sus acciones legales para recuperar su inversión y que, por otro lado, la propia entidad oferente expresamente en la información facilitada hacía constar que la aceptación no les impedía continuar o ejercer cuantas acciones consideraran oportuno; su actuación estaba claramente encaminada a rentabilizar en algo la inversión realizada.

### **TERCERO.- de la existencia de asesoramiento.**

La sentencia recurrida, si bien al momento de analizar la acción ejercitada con carácter subsidiario, concluye que la relación existente entre las partes era de mera intermediación, extremo este expresamente impugnado por la recurrente que sostiene que existió un asesoramiento por parte

de la entidad.

Respecto al asesoramiento como servicio de inversión, que antes de la normativa MiFID era una actividad auxiliar, la Directiva lo define como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la ESI, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros concretos. Y esa misma definición viene recogida en la LMV tras la reforma operada por 47/2007, en el art. 63 1.g) considera un servicio de inversión al asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por 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.

Dicho asesoramiento como servicio de inversión esta sujeto a autorización y a determinadas obligaciones, como la realización del test de idoneidad.

La LMV también considera servicio de inversión, entre otros, la recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros, la ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes y la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes. Considerando en el apartado a) de su número 2. servicios auxiliares La custodia y administración por cuenta de clientes de los instrumentos previstos en el artículo 2.

Partiendo de dicha normativa y de la interpretación que de la misma viene haciendo el TS, se observa en la resolución

recurrir a la misma al no ser acorde con ella la interpretación que lleva al juzgador a realizar los argumentos y conclusiones contenidos en aquella. En efecto, atendiendo por supuesto a la prueba practicada, considera esta Sala que la demandante suscribió la orden de compra de Participaciones preferentes movida por el asesoramiento de la demandada, que mediante la asistencia de su personal comercial le aconsejó en la contratación de estos productos; aunque las partes no suscribieran un contrato de asesoramiento o gestión, ello no es obstáculo para que se aprecie que la perfección de este contrato vino claramente determinada por la actuación del personal de Caixa Catalunya, hasta el punto que puede presumirse que la actora no habría prestado ese consentimiento contractual de no haber sido por las indicaciones recibidas al respecto.

**CUARTO.- Del vicio en el consentimiento y carga de la prueba.**

Estamos ante un producto financiero o de inversión expresamente incluido en el ámbito de aplicación de Ley de Mercado de Valores (art. 2.1.a), que puede además calificarse de 'complejo' (art. 79.bis.8.a de la LMV, a sensu contrario) y, por consiguiente, sujeto a dicha Ley y a las demás normas que puedan dictarse en su desarrollo.

Los títulos objeto de la presente litis fueron contratados entre noviembre de 2010 y junio de 2011 cuando ya se había traspuesto la Directiva 2004/39 en relación con la llamada normativa MIFID, pues esta se produjo por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, con vigor desde el 20 de diciembre.

A raíz de dicha reforma pesan sobre las entidades que prestan servicios de inversión toda una serie de obligaciones informativas, (existentes con anterioridad a la reforma de 2007, que fueron ampliadas tras la misma, en especial las del art. 79.bis LMV) que, por sintetizar, pueden resumirse en la idea de proporcionar, de manera comprensible, información

adecuada a los clientes sobre los instrumentos financieros de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Y, Existiendo un servicio de asesoramiento, conlleva para la entidad la obligación de realizar un test de idoneidad a fin de analizar precisamente la idoneidad del producto al perfil del cliente inversor.

Sobre el error vicio en el consentimiento existe ya una jurisprudencia consolidada, véase entre otras la STS de 20 de febrero de 2014, que declara que 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 (...) El art. 1.266 del Cci dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (...) 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 Cci). 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 (...) Y por otro lado, el error ha de ser (...) 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.

La sentencia de instancia, al analizar la acción resolutoria ejercitada con carácter subsidiario, considera que

no hubo incumplimiento por parte de la entidad de los deberes de información, que entiende cumplidos con la información escrita obrante en las ordenes de compra. La parte recurrente cuestiona tal pronunciamiento, y entiende que la demandada no acreditó dicha información (cuya carga le correspondía), que a su entender no existió y de dicha falta de información se infiere la existencia de vicio en el consentimiento.

La recurrida reconoce que corresponde a las entidades de crédito demostrar haber facilitado al cliente la información necesaria acerca del producto contratado, pero dice que dicha carga debe ponerse en relación con las concretas circunstancias del caso y no puede ignorarse que la parte contraria se le entregó la orden de compra donde consta el perfil del producto con agresivo, el folleto informativo donde constan claramente los riesgos del producto; se le practicó el test de conveniencia; se le facilitó información trimestral sobre dicho producto y sus rendimientos y que debe partirse de la concepción clásica que expone la STS núm. 49/2013 de 12 de febrero conforme la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, representando una presunción 'iuris tantum' de la validez del contrato que únicamente puede destruirse mediante la correspondiente prueba cuya carga incumbe a quien sostiene lo contrario.

Sin embargo, y comenzando por esta última cuestión, como ya ha indicado esta Sala en anteriores resoluciones, conviene recordar que la referida presunción de validez del consentimiento prestado no puede entrar en juego cuando, como ocurre en autos, nos encontramos con específicos deberes de información que la Ley pone a cargo de las sociedades que, como la recurrente, prestan servicios de inversión pues corresponde a estas últimas acreditar su cumplimiento.

El Tribunal Supremo viene destacando que la normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes (STS de

13/11/2015) y que esta obligación de información 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, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión 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» (STS del 17 de noviembre de 2015 y las que en ella se citan).

En el presente caso el juez de instancia se amparó fundamentalmente en la prueba documental aportada. De dicha prueba se concluye que consta información suficiente en cuanto el producto tenía el perfil agresivo. No obstante, no podemos compartir tal conclusión. Sin negar que en las ordenes de compra figura el perfil agresivo del producto, no es menos cierto que dicha información era contradictoria con la que supuestamente se les proporcionaba verbalmente a los clientes, lo que se infiere de la declaración del empleado que comercializo el producto, Miguel Sanchez Solis, pues el mismo testigo reconoció que cuando ofreció el producto a la sra SOLIS, en renovación de un plazo fijo, era porque estaba bien remunerado y no consideraron que pasaría lo que acabo pasando, así como que informaba en términos generales, de tal manifestación solo cabe concluir que se le ofreció como un producto de alta rentabilidad, con garantía de la entidad y sin riesgo y que no se hizo una advertencia real sobre el riesgo de pérdida capital invertido; que la demandada debió presentar el producto bajo la perspectiva optimista de que generaría importantes beneficios, sin informar adecuadamente de los riesgos y que el juicio de probabilidad de que se diesen las hipótesis desfavorables que desembocarían en la imposibilidad de disponer del capital no pudo hacerlo la actora pues carecía de información, sino que fueron los

empleados de la entidad quienes necesariamente tuvieron que llevar a cabo ese juicio de razonabilidad.

Por lo que se refiere a la información escrita obra en autos la orden de suscripción, donde ciertamente se califica el producto como agresivo. De dicha información resulta imposible inferir que se estaba adquiriendo un producto que conllevaba inherente el riesgo de pérdida del capital invertido salvo que el empleado interviniente hubiere advertido de la situación económica que atravesaba la entidad a la fecha de la venta (que ahora sabemos empezaba a ser crítica y había variado su calificación) y del más que probable riesgo de pérdida de su capital, lo que ciertamente no se ha acreditado. No consta en autos el test que se debió realizar a la actora, lo que supondría un incumplimiento en sí mismo, pues no consta se haya hecho un estudio de idoneidad del producto al perfil de la cliente. Ignoramos de que datos partió la entidad para realizar tal calificación y considerar el producto conveniente/idoneo para el cliente, máxime cuando la actora, según lo obrante en autos, solo disponía de una cuenta de ahorro en la entidad.

Cierto que la información podría venir en los folletos informativos, como es de ver de los acompañados por la demandada con su contestación, y, aunque se admitiera que se habían entregado al actor y que de los mismos se desprende claramente la naturaleza y los riesgos del producto, bastando con que los suscriptores cumplieran con la obligación de leer la documentación que se les entrega al suscribir un contrato, lo cierto es que siendo dicha información absolutamente contradictoria con la información verbal que se les daba, ninguna eficacia podemos darle a dichos folletos pues una mínima diligencia de la demandada le obligaba a ser más explícita con su información verbal a fin de no generar confusión a los clientes o cuando menos advertirles de que toda la información del producto se contenía en dicho documento y promover su lectura, lectura que con certeza podemos afirmar que ni siquiera llevaron a cabo los propios empleados encargados de comercializar el producto como reconocen la

mayoría de los empleados de la entidad en las diferentes vistas.

En resumidas cuentas, encontrándonos ante un supuesto de contratación de un producto financiero complejo por parte de una inversora minorista, que no acredita especiales conocimientos en materia económica ni experiencia inversora previa, en donde tampoco consta que se le hubiera proporcionado, de forma comprensible, una información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del producto, la única conclusión posible que se obtiene es que su consentimiento prestado se encontraba viciado por el error que, además de esencial, debe reputarse excusable pues es doctrina jurisprudencial reiterada que el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera obligada a suministrarla de forma comprensible, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, resulta excusable para el cliente (SSTS de 20 de febrero de 2014 y 14 de julio de 2014).

Al respecto la *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015*, recogiendo la doctrina de la *Sentencia de 20 de enero de 2014*, declaró: "La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte

coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración. En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores".

En consecuencia, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por Manuela I y declarar la nulidad por vicio en el consentimiento causado por error de las ordenes de compra de participaciones preferentes suscritas el 19 de noviembre de 2010 y 1 de junio de 2011 con los efectos inherentes a dicha declaración, previsto en el art. 1303 del CC, debiendo las partes reintegrarse lo que fuere objeto del contrato y atendida la venta al FGD del producto, deberá la demandada reintegrar la diferencia entre el precio de adquisición, 21.000 euros, con mas los intereses legales desde aquella fecha hasta la venta al FGD, deducida la suma obtenida con la venta, 7.114,42 euros, con sus intereses legales desde su abono, asi como los rendimientos abonados, 363,72 euros, con sus intereses legales desde la percepción, que en su caso se determinara en

ejecución de sentencia.

**QUINTO.- costas.**

Conforme al principio del vencimiento objetivo, establecido en el artículo 394-1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, NO procede condena en las costas causadas en el presente recurso, siendo las de la instancia a cargo de la demandada, en tanto en cuanto no cabe apreciar a día de hoy las dudas fácticas o jurídicas que denuncia la parte.

**VISTOS los artículos 117 de la Constitución Española, 1, 2 y 9 de la LOPJ, los citados y demás de general y pertinente aplicación.**

**F A L L A M O S**

Que **ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la sra MANUEL E ) Contra la *Sentencia* dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 DE Badalona el 17 de febrero de 2015 en el seno del Procedimiento ordinario 238/2014 revocando dicha resolución por lo que:

DECLARAMOS la nulidad por vicio en el consentimiento causado por error de las ordenes de compra de participaciones preferentes suscritas el 19 de noviembre de 2010 y 1 de junio de 2011 con los efectos inherentes a dicha declaración previstos en el art. 1303 del CC, debiendo las partes reintegrarse la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses que, atendida la venta del producto, deberá la demandada reintegrar la diferencia entre el precio de adquisición, 21.000 euros, con mas sus intereses legales desde dicha inversión hasta la venta al FGD, deducida la suma obtenida con dicha venta, 7.114,42 euros, con sus intereses legales desde su abono, así como los rendimientos abonados, 363,72 euros, con sus intereses legales desde la percepción.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas de la instancia, sin que proceda condena en costas en esta alzada.

Se declara la devolución del depósito constituido para recurrir. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, mediante escrito presentado ante este tribunal dentro del plazo de veinte días siguientes a su notificación. Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

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

**PUBLICACIÓN.**- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.