

Rafael Alario Mont	
Referencia:	29521
F. Notificación:	21/03/14
F. Resolución:	20/03/14

**ROLLO NÚM.**

VTE

**SENTENCIA NÚM.:**

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

D<sup>a</sup> ROSA MARIA ANDRES CUENCA

D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA

D<sup>a</sup> PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a veinte de marzo  
de dos mil catorce.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA**, el presente rollo de apelación número , dimanante de los autos de Juicio Ordinario - , promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 27 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a CATALUNYA BANC SA, representado por el Procurador de los Tribunales EVA BADIAS BASTIDA, y asistido del Letrado CARLOS GARCIA DE LA CALLE y de otra, como apelados a representado por el Procurador de los Tribunales RAFAEL FRANCISCO ALARIO MONT, y asistido del Letrado ALBERTO ALIAGA ARA, en virtud del recurso de apelación interpuesto por CATALUNYA BANC SA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 27 DE VALENCIA en fecha 25/7/13, que ha sido aclarada por auto de 25/7/13 y este a su vez por auto de 2/9/2013, contiene corregido el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Rafael Francisco Alario Mont en nombre y representación de D<sup>a</sup> contra la entidad Catalunya Banc S.A., debo declarar y declaro la nulidad de los contratos que se reflejan en el hecho cuarto de la demanda y la condena a la entidad demandada a restituir a la actora la suma de 50.000 € más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda 21/12/12 y ello con expresa condena en costas a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por CATALUNYA BANC SA, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

**TERCERO.-** Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** El Juzgado de primera Instancia 27 de Valencia dictó sentencia, con fecha 23-7-13, con dos autos aclaratorios posteriores, en que estimaba la demanda interpuesta por [redacted] contra CATALUNYA BANC SA, declaraba la nulidad de pleno derecho de los contratos que se reflejan en la demanda, la condena a la demanda a restituir a la actora la suma de 50.000 Euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Frente a dicha resolución recurrió en apelación la entidad demandada, que alegó los siguientes motivos de recurso:

- a) La deuda subordinada y participaciones preferentes adquiridas por los actores son títulos valores. No se puede cuestionar aquí la validez de la emisión ni los títulos en sí, sino la adquisición de los mismos por falta de información.
- b) El contrato celebrado entre las partes es la compraventa de tales títulos valores. La acción que se postula no se refiere a los títulos en sí, sino a su adquisición, y desde 2003 los demandantes realizaron compras y ventas de participaciones preferentes, y tales adquisiciones siguieron produciéndose durante varios años –hasta 2010- períodos durante los que recibieron los intereses de acuerdo con lo pactado. No es aceptable la confusión entre el negocio jurídico celebrado y el objeto del negocio, ya que no puede considerarse que el contrato –compraventa- sea de tracto sucesivo porque sigue teniendo un rendimiento.
- c) La consumación del contrato se produjo por la venta, y en cada caso, por lo que puesto que se pagó el precio y pasó a ostentarse la titularidad, la acción estaría caducada, conforme un criterio de seguridad jurídica, al haber transcurrido más de cuatro años
- d) Sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios, porque realizó reiteradas compras, e incluso ventas totales y parciales. Sabía qué producto era y que se podía vender, así como que había mercado secundario que adquiriría tales productos. La sentencia considera que por la demandada no se ha acreditado la información facilitada a la demandante al tiempo de la adquisición de los títulos, sin dar importancia al hecho que desde 2003 se habían producido varias compras y ventas por lo que su adquisición venía determinada por el interés de la demandante, y posteriormente, al cambiar las circunstancias, se pide extemporáneamente la nulidad. No puede darse vicio del consentimiento, porque en las órdenes de compra aparecían las condiciones esenciales del producto, y no se puede alegar desconocimiento y todas fueron precedidas de una primera compra de esos productos, cuya naturaleza jurídica y condiciones se hallaba publicada y registrada por la CNMV. La parte debe también autoinformarse, porque, en otro caso, no concurre el presupuesto de excusabilidad o imputabilidad.
- e) En cuanto a las costas, considera que en modo alguno procedería su imposición, al sustentarse distintos criterios sobre la cuestión de la caducidad.

Solicitó en consecuencia, la estimación del recurso y la desestimación de la demanda, absolviendo a dicha parte, petición a la que se opuso la actora, que solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

**SEGUNDO.-** La Sala ACEPTA la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

Entrando a valorar, en primer lugar, la cuestión relativa a la caducidad de la acción que la parte recurrente vincula reiteradamente a la consideración de que lo adquirido (tanto en caso de preferentes como de deuda subordinada) son títulos valores y que, en consecuencia, no se solicita la nulidad del producto, sino de la “adquisición” del mismo, lo que implica que no nos encontramos

ante contrato de tracto sucesivo, sino único, consumado por la propia adquisición, previo desembolso de su importe correspondiente.

Tal y como expresa la reciente sentencia de 30-12-13, de esta Sala, dictada en rollo 658/13, y reitera, entre otras, la de 25-2-14 (rollo 906/13) recogiendo la línea argumental de las últimas resoluciones dictadas en esta materia, ha de rechazarse la alegación de caducidad de la acción, pues la fecha de la que se debe partir –tanto en cuanto a preferentes como a subordinadas– no es la de adquisición, sino la de 21-3-12, de canje, resultando obvio que no ha transcurrido el plazo de cuatro años. La Sala debe rechazar el argumento de la parte apelante y volver a reiterar el razonamiento expuesto en la sentencia de 11/7/2011 (Pnte .Sra Martorell) indicando que:

<< "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544 ) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , " concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 , y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999 ). .../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidente, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928 ), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de

*1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tri-acto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil.">>*

*Al caso nos encontramos ante un contrato de inversión que no se consume en el momento de la orden de compra de los valores, tal como pretende la parte apelante al decir consumado con la adquisición del producto que pasa al patrimonio del cliente, pues tal inversión tiene un plazo a lo largo del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo y de gestión (así el abono de cupones de forma anual) y custodia dado el contrato de gestión entre litigantes.*

La conclusión obtenida, en aquellos supuestos es plenamente extrapolable al presente, puesto que, con independencia de la consideración de títulos de las participaciones, a los efectos patrimoniales y fiscales que acredita la demandada con la documental que acompaña, no podemos aceptar, como se pretende, que el contrato se consume – y no sólo se perfecciona – con la adquisición, ya que la vinculación entre los contratantes no se reduce a aquel acto de intermediación, sino que se despliega a lo largo del tiempo, al ser producto de duración no determinada, y generar obligaciones para las partes durante la duración contractual, que tampoco finalizan en un momento concreto. Por ello, compartimos la conclusión de la sentencia recurrida en este aspecto, y rechazamos íntegramente la argumentación del recurso referida a los motivos expuestos que, en consecuencia, cabe confirmar.

**TERCERO.-** No pueden aceptarse el resto de argumentos desplegados por la parte recurrente, en línea con lo en su día opuesto. Ciertamente la parte demandada realizó una multiplicidad de operaciones de compra -incluso venta parcial- de participaciones preferentes, pero no lo es menos que del examen de tales documentos, aportados por la actora, únicos referidos a las operaciones cuestionadas, extraemos dos importantes conclusiones que abundan en la conclusión obtenida por la Juzgadora "a quo", pues, en primer lugar, las participaciones preferentes vendidas en 2006, lo fueron sin más problema, por su importe nominal, por lo que la demandante podía fundadamente considerar que el producto era de escaso o nulo riesgo, máxime porque -así lo destacamos en segundo lugar- en todas las órdenes de compra -salvo en la última- se refleja el producto como "CONSERVADOR" y, sin embargo, en la compra de 2010 aparece como "AGRESIVO". Es la parte demandada, que sostiene que la actora comprendía perfectamente el alcance y diferencias entre lo adquirido -participaciones preferentes- y lo que se consideraba por su parte (depósito seguro a plazo fijo), la que viene gravada con la obligación de probar la información adecuada, y mal se compadece tal circunstancia con la valoración de un producto como "conservador" pese a ser de riesgo, en el único documento relativo a la contratación en sí misma que obra en autos, que ha aportado, precisamente, la parte actora, cuyo perfil, (aunque en algunas de las operaciones celebradas no se hallara todavía vigente la normativa MIFID) a tenor de su edad, formación y cantidades de las inversiones producidas, es evidentemente minorista, lo que incide, nuevamente, en la exigencia previa de información por parte de la entidad bancaria, sin que, frente a ello pueda alegarse la obligación de autoinformación que requiere, previamente, una clara y transparente información por parte de la entidad, aquí no acreditada.

En cuanto a los actos propios, precisa la STS 9-4-07 que el referido principio o doctrina implica que una persona contradiga con su conducta posterior una actuación anterior de claro significado,

susceptible de generar la confianza en quienes con ella se relacionan: los actos contra los que no es lícito actuar han sido perfilados como aquéllos que "*causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor*" (STS 18 de febrero y 10 de octubre de 1988, 8 de abril de 1991) o que "*vinculan y configuran inalterablemente la situación jurídica de su autor*" (SSTS 7 de abril y 10 de junio de 1994) o, al menos, como "*actos inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica afectante a su autor*" (SSTS 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 25 de julio y 25 de noviembre de 2000, 27 de febrero, 16 de abril y 24 de mayo de 2001, etc.) o "*inequívocos y definitivos*" (SSTS 30 de septiembre de 1996, 5 de julio de 2002, etc.). Es evidente y resulta de lo actuado, que la actora efectuó diversas compras, a lo largo de 7-8 años del producto en cuestión, en la creencia, en todas ellas (salvo en la última, en que la calificación se alteró totalmente) de que se trataba de un producto conservador, vendiendo dos veces en ese período y recuperando totalmente el nominal. La creencia de todo ello generada no podía ser, en modo alguno, la de que se trataba de un producto de riesgo, sino todo lo contrario, por lo que tal argumento tampoco beneficia la posición de la parte recurrente y ha de ser descartado.

**CUARTO.-** En cuanto a las costas, si bien es cierto que no existe una línea jurisprudencial única, ha de mantenerse su imposición, pues esta Sala sí ha mantenido una línea constante, en estos procedimientos, aplicando en sentido estricto el criterio del vencimiento, salvo circunstancias muy excepcionales, que aquí no son de apreciar.

La desestimación del recurso comporta la imposición de costas, en esta alzada al recurrente, conforme el artículo 398,1 LEC, y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados, demás concordantes y de general aplicación.

#### FALLO

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por CATALUNYA BANC SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia 27 de Valencia, con fecha 23-7-13, aclarada por dos autos posteriores, que se CONFIRMA, con imposición de costas a la recurrente, y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.