

## Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 9 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549438  
FAX: 935549538  
EMAIL: instancia38.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148083075

### Procedimiento ordinario

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:  
IBAN en formato electrónico: ES5500493569920005001274  
IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274  
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona  
Concepto: N° Cuenta Expediente del Juzgado

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a: Antonio Cortada García  
Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada: HECTOR RUIZ

HERNAMPEREZ, CATALUNYA BANC, S.A.  
Procurador/a: Antonio M<sup>a</sup> De Anzizu Furest  
Abogado/a:

## SENTENCIA N° 29/2015

**Magistrado: Francisco González De Audicana Zorraquino**

**Lugar: Barcelona**

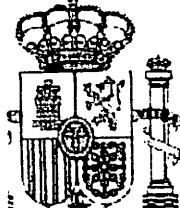
**Fecha: 5 de febrero de 2015**

Vistos y examinados por Don Francisco González de Audicana Zorraquino, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona v su partido judicial, los autos de Juicio Ordinario seguidos con el núm. a instancia del Procurador D. Antonio Cortada García, en nombre y representación de D<sup>a</sup> : y D. , defendidos por el Letrado D. Lluís Mestres Nualart, contra CATALUNYA BANC, SA, representada por el Procurador D. Antonio de Anzizu Furest y defendida por el Letrado D. , y de los que resultan los siguientes;

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la meritada representación se presentó demanda de fecha 2 de abril de 2014 en ejercicio de una ACCIÓN DE NULIDAD CONTRACTUAL, solicitando que;

- 1) Se declare la nulidad de los contratos de suscripción de PARTICIPACIONES DEL FONDO CX PATRIMONI FII con devolución de las cantidades aportadas 45.662,90 EUR al existir error en el consentimiento, o
- 2) Subsidiariamente resolución e indemnización de daños y perjuicios, por



incumplimiento de su deber de diligencia, lealtad e información y,

3) En ambos casos se condene a reintegrar la cantidad invertida 45.662,90 EUR más intereses y costas judiciales.

**SEGUNDO.-** Se admitió a trámite la demanda dándose traslado de la misma a la demandada y por el plazo de 20 días.

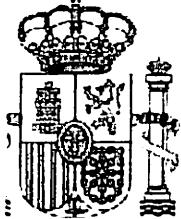
Se contestó por la dirección jurídica de la entidad CATALUNYA BANC SA., solicitando una sentencia desestimatoria con imposición de costas al actor, alegando con carácter previo, falta de legitimación pasiva ad causam, ya que la acción debió dirigirse contra CAIXA CATALUNYA INVERSIÓ S.G.I.I.C., S.A., y caducidad.

Continuó argumentando en el sentido que no hay error en el consentimiento en todo caso no supera el juicio de excusabilidad, ya que además no recae sobre los elementos esenciales del negocio, en todo caso hay cumplimiento de la normativa sectorial.

**TERCERO.-** Se celebró la audiencia previa en fecha 25 de septiembre de 2014, solicitándose y concediéndose como medios probatorios por la parte actora, que se tengan por reproducidos los documentos acompañados a la demanda, más documental, interrogatorio del demandado y testifical. A su vez se admitieron como medios probatorios de la demandada, que se tengan por reproducidos los documentos acompañados a la contestación a la demanda y testifical.

Se realizó juicio el día 4 de febrero de 2015 practicándose la prueba y tras las conclusiones quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.



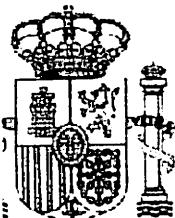
## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRELIMINAR.- 1. Falta de legitimación pasiva ad causam, ya que la acción debió dirigirse contra CAIXA CATALUNYA INVERSIÓ S.G.I.I.C., S.A.**

Olvida la demandada en este planteamiento algo trascendental; con quien contrata el cliente bancario es con la entidad a la que acude habitualmente, Caixa Catalunya, en concreto la oficina de Lepanto, y por eso las ordenes de suscripción son firmadas por esa oficina, – documentos nº 1 a 3 adjuntados con el escrito de contestación a la demanda–, además que no existe cláusula contractual que exonere de responsabilidad con conocimiento del consumidor-cliente bancario, y ello conforme a los principios de buena fe contractual- Primera Ley de Código Civil de Cataluña, Ley 29/2.002, de 30 diciembre 2.002, artículo 111-7 a tenor del cual: "En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos" y derecho de información a favor del consumidor, por lo que entraría en vulneración de los artículos 60.1 y 2 b), 80.1 c), 82.1, 82.4 e), 85.6 y 89.5 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y a nivel comunitario y el artículo 223-3 a) de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña.

En definitiva con quien firmó el contrato es con la demandada y responde del mismo además en su condición de garante, y en su caso, es la que tenía el derecho o el deber de informar en aquella gestión u orden de compraventa de los valores.

Habría que añadir que incluso aunque la entidad bancaria califique su actividad como una simple mediación o ejecución de órdenes no evita su carácter de asesoramiento y garante de la operación, ya que aquella calificación otorgada



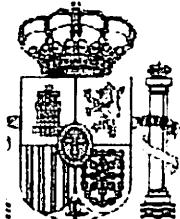
por la propia entidad evitaría la evaluación de la idoneidad del cliente y la consiguiente abstención caso que no se facilite la información (art. 79 bis.6 LMV y art. 72 RD 217/2008).

SAP Gijón (secc. 7<sup>a</sup>) 26-9-2011; “*responsabilizando a la entidad ya que no solo no informó a la cliente ab initio acerca del producto y sus riesgos, sino que además “incumplió su deber de mantener informada a la demandante, de forma efectiva, y no meramente formal, mediante la remisión de extractos mensuales, acerca de la evolución de la inversión efectuada” y condenándola a indemnizar por la totalidad de la inversión “puesto que la total ausencia de información viene de origen (...) sin que conste siquiera que conste siquiera que se sometiese a la demandante a un test de idoneidad, para conocer en profundidad su perfil inversor”;*

En el mismo sentido de tener a la entidad por algo más que una mediadora se pronuncian las siguientes resoluciones;

SAP Illes Balears, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 2 de septiembre de 2011 (LA LEY 172955/2011) (LA LEY 172955/2011) ...*servicio muy activo de asesoramiento que excede de un simple contrato de administración de valores nos hallamos ante un contrato del tipo aludido en el artículo 63.1 g) de la LMV, como servicio de inversión, y no como servicio auxiliar, por cuanto el servicio prestado por el banco desde su inicio va más allá de una simple comercialización de valores, sino que contiene un importante asesoramiento,*

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca Sección: 3 Ponente: CARLOS GÓMEZ MARTINEZ, Roj: SAP IB 2185/2012. “*De todo ello se infiere que, incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley del Mercado de Valores.”*



En el mismo sentido se pronuncia la SAP Pontevedra de 25 de abril de 2012 y SAP Alicante de 27 de septiembre de 2012.

También es significativo que la demandada y **CAIXA CATALUNYA INVERSIÓ S.G.I.I.C., S.A.** formen parte del mismo grupo de empresas y respondan a un mismo fin, y que si bien es la gestora del fondo **la depositaria es la demandada**, siendo necesaria su intervención y extensible su responsabilidad conforme a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

#### Artículo 62 Responsabilidad de los depositarios

*1. Los depositarios actuarán siempre de manera independiente y en interés de los inversores de las IIC, debiendo cumplir todas sus obligaciones con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.*

*Los depositarios podrán pedir a la sociedad gestora toda la información que necesiten para el ejercicio de sus funciones.*

*El depositario está obligado a comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cualquier anomalía que detecte en la gestión de las instituciones cuyos activos tienen en custodia.*

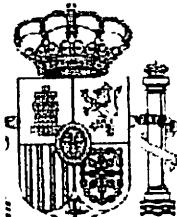
*El depositario está obligado a remitir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, previa solicitud, toda la información que haya obtenido en el ejercicio de sus funciones y que la Comisión Nacional del Mercado de Valores necesite para supervisar el cumplimiento de la normativa vigente por parte de la IIC.*

*2. Los depositarios serán responsables frente a los participes o accionistas de todos los perjuicios que les causen por incumplimiento intencionado o por negligencia de sus obligaciones legales. El depositario está obligado a exigir a la sociedad gestora responsabilidad en el ejercicio de sus funciones en nombre de los participes.*

*Los depositarios serán responsables del depósito de los activos de las IIC, aún en el supuesto de que hayan confiado a un tercero el depósito de parte o de la totalidad de los activos.*

*El depositario responderá frente a los participes o accionistas por la pérdida, por parte del mismo o de un tercero en quien se haya delegado la custodia de los activos financieros custodiados.*

*3. En caso de que la pérdida afecte a los instrumentos financieros custodiados, el depositario devolverá sin demora indebida a la IIC un instrumento financiero de idénticas*



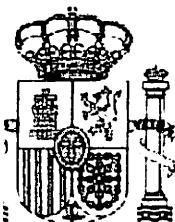
*características o bien la cuantía correspondiente. El depositario no será responsable si puede probar que la pérdida se ha producido como resultado de un acontecimiento externo que escape al control razonable, cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos por evitarlas.*

Se desestima por tanto la excepción de falta de legitimación pasiva ad causam.

**2. Caducidad de la acción.** Se alega con carácter previo por la parte demandada la excepción relativa a la caducidad de la acción por prescripción sanatoria del contrato, entendiendo que el dies a quo lo es desde la perfección del contrato que es equiparable según la doctrina y jurisprudencia a la consumación del mismo, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil.

No se comparte dicha conclusión expresada por el letrado de la demandada en conclusiones y en el escrito de contestación a la demanda, entendiendo que la lógica implica que la acción de anulabilidad por error en el consentimiento lo es desde la finalización o consumación del contrato, es decir, hasta que se producen sus últimos efectos, y en todo caso, desde que se tiene conocimiento del error en el consentimiento o conocimiento del error invalidante del consentimiento, ya que el mismo sigue vigente durante el plazo contractual, y sólo a su extinción, no producen efecto las obligaciones sinalagmáticas entre las partes, momento en el que corre el plazo para solicitar la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, en el mismo sentido también se posiciona la jurisprudencia, a saber;

*«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 -EDL1889/1-. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 -EDJ1989/3328- 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 -EDJ1989/3328- precisa que "el art.*



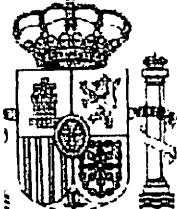
1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr 'desde la consumación del contrato'. Este momento de la 'consumación' no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron 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 (...)". (STS 1º -11/06/2003 - 3166/1997 -EDJ2003/29668-).

También para los supuestos de contratos de trato sucesivo:

«Así en supuestos concretos de contratos de trato 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. Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de trato sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta. Ejercitada, por tanto, la acción en vida de la beneficiaria de las rentas pactadas, estaba viva la acción en el momento de su ejercicio al no haberse consumado aún los contratos. Por todo ello procede la estimación del motivo.» (STS 1º - 11/06/2003 - 3166/1997 -EDJ2003/29668-).

SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3ª, de 24 de enero de 2013. En esta resolución el tribunal defiende que el *dies a quo* debe fijarse en cualquier caso al tiempo en que la acción pudo ser ejercitada por el perjudicado. Sostiene lo que sigue:

«Este Tribunal considera que dicha caducidad no puede ser apreciada por los mismos motivos argumentados por la juzgadora a quo en la sentencia recurrida, que entendiendo ejercitada la acciones de anulabilidad, el dies a quo para comenzar a contar el plazo de caducidad de dichas



acciones (al tratarse las mismas de acciones que amparan al que ha sido víctima de un error que se ha generado como consecuencia de una actuación por parte del otro contratante y siendo el mismo de tal entidad que llega a invalidar el consentimiento prestado), no es otro que el momento en el que la parte detecta efectivamente el error sufrido. Esta argumentación es extrapolable a todos los productos contratados por la actora. No se trata, como entiende la recurrente en su recurso, que la sentencia sostiene que «ninguna de las acciones han caducado puesto que los contratos no se han consumado», puesto que la sentencia apelada no mantiene esa afirmación en esos términos, sino que argumenta la no caducidad de las acciones ejercitadas partiendo de que el cómputo del plazo comienza a contarse en el momento en el que se detecta el error, aún entendiendo que se produjo con anterioridad la consumación del contrato.»

Y SAP Madrid (secc. 20<sup>a</sup>) 5-11-2012 [Roj: SAP M 18121/2012]. V. para las citas del texto, SAP Palma Mallorca (secc. 5<sup>a</sup>) 21-3-2011 [Roj: SAP IB 662/2011].

SAP Salamanca, de 19 de junio de 2013

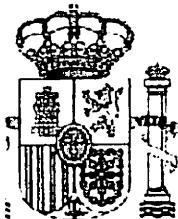
y ello independientemente de que se pueda entrar en el debate acerca del carácter o naturaleza de los mismos como de trato único o como de trato sucesivo; en cuyo último caso, la consumación no se produciría hasta la fecha de la última de las liquidaciones de intereses, o pago por cupones, o como quiera llamárselos...

(...)

No pueden aceptarse, ni compartirse, las tesis que en este punto sustenta el recurso que resolvemos, y de ahí que deba ser rechazado este motivo de impugnación, puesto que es irrefutable que en el día de la perfección de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, éstos no quedaron consumados, por la elemental razón de que en dicho día o días de julio y agosto de 2004 ni por asomo podían haber quedado cumplidas completamente las prestaciones u obligaciones asumidas en los mismos, por ambas partes contratantes.

(...)

No es posible desconocer o ignorar que la relación contractual entre una y otra parte no quedó agotada, ni menos consumada, en sus efectos con la ejecución de éste, repetimos, mandato del cliente, pues no se trata de una vinculación aislada y esporádica para contratar con un tercero, sino que, como esas participaciones preferentes, esos valores objeto de compra, no lo eran de un tercero ajeno a esta relación, sino de Bankinter, S. A. (a través de la sociedad Bankinter Emisiones, S. A.) aun siguiendo la línea discursiva del recurso, tras la ejecución del mandato de compra de tales valores por el Banco, este, de modo simultáneo e inescindible, asumió frente a la contraparte una serie de prestaciones y obligaciones, a cumplir en el tiempo (en mucho tiempo, a priori, pues se destaca su carácter de valores perpetuos), con carácter indefinido, algunas de las cuales lo eran las de la remuneración por la tenencia de este



*producto financiero y las de su devolución pasados todos los años que uno quiera imaginarse en este momento...»*

Si bien es cierto que no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de si el plazo de cuatro años es de caducidad o de prescripción y tampoco acerca de cuándo debe considerarse que se ha consumado el contrato, también en la siguiente resolución lo situaría en un punto en el que tampoco habría caducado la acción.

SAP, Civil sección 1 del 13 de enero de 2014 (ROJ: SAP PO 39/2014)

Recurso: 563/2013 | Ponente: MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ

*Vaya por delante que la alegación del motivo de recurso único en que funda su apelación Novagalicia Banco SA. constituye una cuestión nueva en esta alzada, no invocada al contestar a la demanda, aunque la reconduzca a la cuestión estrictamente temporal de la caducidad en el ejercicio de la acción por parte de los recurrentes. Esto es, afirma que el plazo de 4 años previsto para las nulidades relativas del art. 1301 del C.Civil no le resulta aplicable a Novagalicia Banco SA (ni antes a Caixanova) toda vez que únicamente ha sido la comercializadora del producto, de tal manera que el contrato se ha consumado en el momento de finalización de la prestación del servicio y cualquier eventual devolución no le incumbe sino a Caixanova Emisiones SA. Desde luego se ha cambiado el matiz de la oposición a la demanda inicial, en puridad no se discute el plazo de cuatro años ni su cómputo, sino que lo que ahora se alega es que, en su caso, el contrato se agotó con la prestación del servicio de comercialización.*

*Por lo que se refiere a la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, el artículo 1.301 del Código Civil indica que la acción de nulidad sólo durará cuatro años que habrán de contarse en los casos de error, dolo o falsedad de la causa desde la consumación del contrato. Por tanto, el TS. deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no sé ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de producir todos los efectos que le son propios. Debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento reciproco de la totalidad de las prestaciones pactadas, como es la devolución o al menos la posibilidad de amortización a los cinco años.*

*Al hallarnos ante contratos de duración perpetua, existiendo de forma continuada en el tiempo obligaciones pendientes de cumplimiento, para la determinación del dies a quo del comienzo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción correspondiente, debe*



acudirse principalmente a lo dispuesto en el art. 1969 CC, y, por lo tanto, fijar el comienzo del plazo desde que se tiene conocimiento de la existencia del error.

Recientemente se ha pronunciado la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de fecha 25 de abril de 2014, entendiendo el contrato como de trato sucesivo por lo que fija el dies ad quo en un momento posterior a la compra, es decir, cuando se cumplen las prestaciones por las partes.

*Esta sección, con las anteriores secciones citadas, considera 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 (abono de cupones, custodia, etc.), como consta en los extractos aportados de los que se desprende que se han venido cobrando comisiones en concepto de custodia y administración.*

*Por consiguiente, la Sala mantiene similar postura de la del Juez de Instancia, considerando que no se da la caducidad pretendida..."*

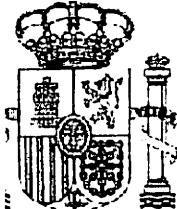
Más recientemente;

SAP, Civil sección 19 del 10 de septiembre de 2014 ( ROJ: SAP M 13120/2014 - ECLI:ES:APM:2014:13120) Sentencia: 271/2014 | Recurso: 380/2014 | Ponente: MARIA VICTORIA SALCEDO RUIZ

Y SAP, Civil sección 1 del 17 de octubre de 2014 ( ROJ: SAP PO 2268/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:2268) Sentencia: 343/2014 | Recurso: 498/2014 | Ponente: MANUEL ALMENAR BELENGUER

*La misma sentencia de 11 de junio de 2003 aclara que 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 , ya que si la acción solo pudiera ejercitarse "desde" la consumación del contrato nos encontraríamos con el absurdo de que " hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de trato sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato ".*

*Es así que nos encontramos ante un contrato de carácter perpetuo, como es el de suscripción*



*de participaciones preferentes , en el que la entidad emisora se obliga a abonar una remuneración salvo que concurren determinadas condiciones, sea hasta el momento fijado en la emisión, sea de manera permanente, luego debe concluirse que el plazo de prescripción solo comenzará a correr cuando el afectado conozca la situación que ha provocado el error, como ya se anticipó en las sentencias de esta Sección Primera de 8 de enero . 11 de febrero y 26 de febrero de 2014 , que a su vez recogieron las CONCLUSIONES DE LOS MAGISTRADOS Y MAGISTRADAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE GALICIA. EN LAS JORNADAS SOBRE PARTICIPACIONES PREFERENTES Y DEUDA SUBORDINADA CELEBRADAS EL SANTIAGO DE COMPOSTELA EL 4 DICIEMBRE 2013:*

*"1 El dies a quo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad no comienza desde la suscripción del contrato, pues el art. 1301 del CC habla de consumación y no de perfección, que son conceptos doctrinal y jurisprudencialmente distintos.*

*Al hallarnos ante contratos de duración perpetua, existiendo de forma continuada en el tiempo obligaciones pendientes de cumplimiento, para la determinación del dies a quo del comienzo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción correspondiente, debe acudirse principalmente a lo dispuesto en el art. 1969 CC , y, por lo tanto, fijar el comienzo del plazo desde que se tiene conocimiento de la existencia del error."*

*Toda vez que en absoluto se ha demostrado que el demandante conociera la realidad del producto adquirido a través de su padre hasta, al menos, el año 2013, luego es obvio que no puede estimarse que el plazo legal haya transcurrido.*

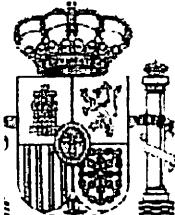
Y SAP, Civil sección 13 del 25 de julio de 2014 (ROJ: SAP B 8086/2014 - ECLI:ES:APB:2014:8086) Sentencia: 383/2014 | Recurso: 578/2013 | Ponente: JUAN BAUTISTA CREMADES MORANT.

Conforme a las anteriores argumentaciones la acción anulabilidad no está caducada.

**3. Legitimación pasiva.** La demandada actúa como depositaria y asesora en la compra del fondo de inversión.

STS 244/2013

En línea con lo declarado en la sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

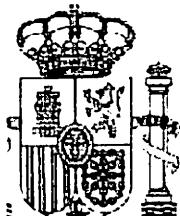


núm. 687/ 1998, de 11 de julio, RC núm. 1195/ 1994, puede afirmarse que su esquema contractual responde fundamentalmente al mandato o comisión mercantil.... como modelo contractual típico de la gestión de negocios ajenos. Se caracteriza por la especificidad de su objeto y se basa en la confianza del cliente hacia el profesional del mercado de valores al que confiere amplias facultades para realizar, por cuenta del cliente inversor, las operaciones que considere más convenientes para el objetivo perseguido, conseguir una mayor rentabilidad, en relación a un ámbito restringido de actividad, el de la inversión en valores negociables.

Lo cierto es que la entidad demandada actúa **como asesora** en la compraventa de dichos valores, ya que es la que aconseja e incita a la parte actora a la compra de este producto, sin duda es ideado por la entidad en su beneficio, *no es que los actores se personaran en las oficinas de la entidad demandada y teniendo conocimiento del producto financiero, solicitaran más información sobre sus características y las ventajas o desventajas de dicha inversión (... sino que...) fue dicho apoderado quien, de entre todos los productos financieros de que disponía, ofreció el concertado, producto que además era el que más convenía a los intereses de la propia entidad bancaria, pues, el destino del importe de la emisión de las participaciones, era servir a los recursos propios de la entidad (...además de que...) se dieron instrucciones (...), SAP Palma Mallorca (secc. 5<sup>a</sup>) 21-3-2011 [Roj: SAP IB 662/2011].*

Habría que añadir que incluso aunque la entidad bancaria califique su actividad como una simple mediación o ejecución de órdenes no evita su **carácter de asesoramiento**, ya que aquella calificación otorgada por la propia entidad evitaría la evaluación de la idoneidad del cliente y la consiguiente abstención caso que no se facilite la información (art. 79 bis.6 LMV y art. 72 RD 217/2008).

SAP Gijón (secc. 7<sup>a</sup>) 26-9-2011; *"responsabilizando a la entidad ya que no solo no informó a la cliente ab initio acerca del producto y sus riesgos, sino que además*



*"incumplió su deber de mantener informada a la demandante, de forma efectiva, y no meramente formal, mediante la remisión de extractos mensuales, acerca de la evolución de la inversión efectuada" y condenándola a indemnizar por la totalidad de la inversión "puesto que la total ausencia de información viene de origen (...) sin que conste siquiera que conste siquiera que se sometiese a la demandante a un test de idoneidad, para conocer en profundidad su perfil inversor";*

En el mismo sentido de tener a la entidad por algo más que una mediadora se pronuncian las siguientes resoluciones;

SAP Illes Balears, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 2 de septiembre de 2011 (LA LEY 172955/2011) (LA LEY 172955/2011) ...servicio muy activo de asesoramiento que excede de un simple contrato de administración de valores nos hallamos ante un contrato del tipo aludido en el artículo 63.1 g) de la LMV, como servicio de inversión, y no como servicio auxiliar, por cuanto el servicio prestado por el banco desde su inicio va más allá de una simple comercialización de valores, sino que contiene un importante asesoramiento,

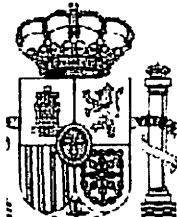
Audiencia Provincial de Palma de Mallorca Sección: 3 Ponente: CARLOS GÓMEZ MARTINEZ, Roj: SAP IB 2185/2012. "De todo ello se infiere que, incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley del Mercado de Valores."

En el mismo sentido se pronuncia la SAP Pontevedra de 25 de abril de 2012 y SAP Alicante de 27 de septiembre de 2012.

## **PRELIMINAR.-2. Definición, características del producto bancario y normativa aplicable.**

Los Fondos de Inversión Inmobiliaria son patrimonios colectivos que invierten en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, no pudiendo explotar el

Signat per González De Audicana Zorraquino, Francisco	Codi Segur de Verificació: 0LCOKWIYT15E7Q35SMAJTQ0PAR2EXVR Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>	Data i hora 05/02/2015 13:30  Pàgina 13de 25
Administració de justícia a Catalunya / Administración de justicia en Cataluña		



negocio o servicios anexos a los inmuebles más allá del arrendamiento del local.

La inversión en inmuebles de naturaleza urbana se refiere a:

— Las inversiones en inmuebles finalizados, en fase de construcción o sobre plano. Las inversiones en viviendas acogidas a algún régimen de protección pública se atenderán a la legislación especial que le resulte de aplicación.

— Las opciones de compra, cuando el valor de la prima no supere el 5 por ciento del precio del inmueble, así como a los compromisos de compra a plazo de inmuebles, siempre que el vencimiento de las opciones y compromisos no supere el plazo de dos años y que los contratos sean transmisibles.

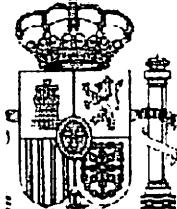
— La titularidad de otros derechos reales sobre bienes inmuebles y concesiones administrativas siempre que su objeto sea el arrendamiento.

Se tratan de fondos de inversión de carácter financiero, en este caso fondos para la adquisición de inmuebles urbanos en zonas geográficas consolidadas orientado exclusivamente al mercado de alquiler, de difícil comprensión, complejo en cuanto a su desarrollo contable y económico, y que la propia entidad califica de alto riesgo financiero del producto no garantizado.

- Información.

SAP Murcia (secc. 5<sup>a</sup>) 1-4-2011 [Roj: SAP MU 851/2011], indicando que “*la falta de acreditación de que se ha suministrado una información adecuada, precisa y suficiente permite inferir que el inversor no ha podido formarse una idea precisa de los riesgos reales del producto financiero en el que se dispone a invertir, de tal manera que cuando dicho inversor alega la existencia de error en la contratación de ese producto financiero ha de ser la correspondiente entidad financiera a la que dicho inversor acudió para efectuar dicha contratación la que acredite que se suministró la completa, precisa, adecuada e individualizada información, que la legislación impone, a fin de desvirtuar la existencia de ese error que el inversor alega*”.

#### **PRIMERO.- Error en el consentimiento. Condiciones del cliente bancario e**



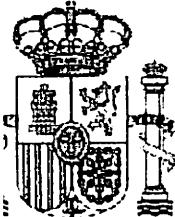
información suministrada acorde con su perfil.

Como resuelve la Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3<sup>a</sup>, en Sentencia de 27-3-2009, nº 80/2009, rec. 311/2008, "... el consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa ó tácita de la voluntad ( Sentencia T.S. 20 de abril de 2001 ).

En el mismo sentido el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. El artículo 1266 sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa); de decir, a aquel en que ha habido error en la voluntad (error vicio), y no error en la declaración (error obstativo), aquel que invoca la anulabilidad (por el vicio), éste, la inexistencia por la falta de uno de los elementos, ( Sentencias T.S. 22 de diciembre de 1999 y 10 de abril de 2001 ).

Perfil. La Sra. , tiene 86 años de edad, con un grado de disminución del 89%, invidente y con problemas de oído, el Sr. , tiene 88 años de edad, con estudios primarios, y un grado de discapacidad del 78 %.

En esta operación invirtieron parte de sus ahorros, hechos fácticos aseverados por la actora, que hablan por sí solos y que no pone en duda la demandada. También es relevante que no se solicite el interrogatorio de la actora a los efectos de conocer su perfil, su experiencia y en fin, su capacidad de entendimiento en relación al producto contratado, artículo 217.3 de la L.E.C. Al margen de las alegaciones en cuanto a que es capitán de marina mercante o los



distintos fondos de inversión contratados, – documentos nº 14 y 20 adjuntados con el escrito de contestación a la demanda-.

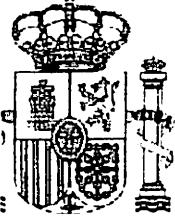
**Los actores no tenia ni tienen conocimientos financieros para afrontar un producto como éste, de alto riesgo financiero, la confianza estaba y está depositada en la entidad bancaria demandada con la que operaban toda la vida.**

Tampoco debe olvidarse la condición de consumidora de la parte actora, lo que supondría que una cláusula de renuncia a la acción de anulación del contrato de adquisición de las participaciones por preferentes podría ser considerada como abusiva con fundamento en los artículos 86.7 y 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en vigor entonces ya que lo es desde el 1 de diciembre de 2007.

En este sentido, esto es, no considerarla experta o cualificada para la adquisición de un producto se pronuncia la jurisprudencia menor y la doctrina;

*SAP Vitoria (secc. 1º) 22-6-2011 [Roj: SAP VI 733/2011], clientes pertenecientes al mundo de la agricultura y sin conocimientos financieros), la conclusión acostumbra a ser la anulación de la adquisición. V. también PRATS ALBENTOSA: "Participaciones preferentes...", p. 1, señalando que "ni que decir tiene que los ciudadanos, que han acabado siendo titulares de las referidas participaciones preferentes, carecían y carecen de la mínima formación, para poder comprender la trascendencia de estos «productos», ni para poder valorar ni la complejísima información que se les podía ofrecer, ni las consecuencias y efectos jurídicos ni económicas de los mismos".*

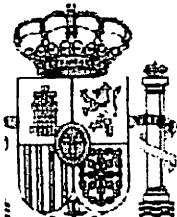
*Por lo general, el hecho de que el cliente hubiera adquirido valores previamente no comporta que contase con dicha "experiencia suficiente".*



*V. así, por ejemplo, SAP Pontevedra (secc. 6<sup>a</sup>) 25-4-2012 [Roj: SAP PO 1155/2012], relativo a una señora de edad avanzada que con anterioridad sólo había invertido en un fondo de inversión de renta fija garantizado; SAP Madrid (secc. 10<sup>a</sup>) 26-6-2012 [Roj: SAP M 8913/2012], afirmando que el haber adquirido con anterioridad otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa “no supone que tenga un manejo y conocimientos suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que eso conllevaba” teniendo presente, además, lo oscuro que era el contrato; SAP Gijón (secc. 7<sup>a</sup>) 26-9-2011 [Roj: SAP O 1209/2011]: “el hecho de que hubiera invertido en anteriores ocasiones en participaciones preferentes, no significa necesariamente que conociese su naturaleza, su comportamiento en los mercados y sus riesgos, ni la convertía necesariamente en una inversora experta, sino, a lo sumo, en una inversora confiada, seguramente por los resultados positivos que en otras ocasiones le habían proporcionado sus inversiones en participaciones preferentes” pero, si sufrió error en la formación de su consentimiento, “fue en gran parte debido a desidia propia y exceso de confianza y fue, en todo caso, un error vencible*

*SAP Castellón (secc. 3<sup>a</sup>) 26-10-2012 [Roj: SAP CS 802/2012], reconociendo que el cliente “incurrió en error invalidante del negocio jurídico, al desconocer el rendimiento del producto, el plazo de duración y la posibilidad de rescate, cuyas condiciones motivaron la celebración del contrato, al creer erróneamente de que se trataba de una operación segura, con un rendimiento fijo y rescatable. Por tanto, se trata de un error esencial y además excusable por cuanto no pudo evitarse por la demandante”.*

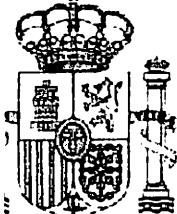
Falta de información al consumidor que produce un error en el consentimiento. En este sentido es indiferente la normativa que se aplique según la fecha del contrato ya que del examen de todas ellas se concluye que la información debe ser clara, extensa y con suficiente comprensión para el cliente para evitar que su consentimiento sea otro o distinto del que confiaba en la compra d dicho producto bancario. Y es además una carga de la prueba de la entidad bancaria, tanto por tratarse en caso contrario de constatar por el cliente un hecho negativo, lo que supondría una prueba diabólica, como por su facilidad probatoria a favor de la entidad bancaria, artículo 217.7 de la LEC, esto



es, el demostrar que este producto era adecuado para ese tipo cliente y que comprendería sus riesgos. - Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 7 Abr. 2010, rec. 50/2010, Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de 26 abril 2006, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Civil sección 4 del 21 de Septiembre del 2011 (ROJ: SAP TF 1611/2011) Recurso: 291/2011 | Ponente: Pablo José Moscoso Torres.

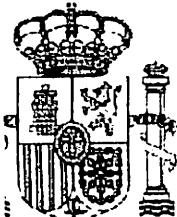
Y como se decía la normativa aplicable a los efectos de verificar la información ofrecida por la entidad bancaria, ha sufrido una evolución tal que no permite concluir que queda desprotegido el cliente en ningún momento legislativo a los efectos de constatar una información sobre el contrato bancario o producto de inversión, a saber ; Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, artículo 48.2 y su desarrollo, Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la Comisión del Mercado de Valores incursa la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C ). El R.D. 629/1.993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, y por la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores. R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, Directiva MIFID y Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre las medidas de reforma económica.

Consecuentemente, hay que entender que la obligación de informar de forma clara, veraz y completa, forma parte del objeto del contrato, ostentando la condición de acreedora la persona que recibe el servicio y la de deudora la entidad financiera que lo presta. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Civil sección 4 del 21 de Septiembre del 2011 (ROJ: SAP TF 1611/2011) Recurso: 291/2011 | Ponente: PABLO JOSE MOSCOSO TORRES.



Pero es que además de dicha información relevante también debe concluirse que sólo en los supuestos en los que la relación es de igual a igual, es decir, cuando se contrate por la entidad bancaria con entidades de inversión financiera o que se dediquen al tráfico habitual en el mercado secundario, debe ser otorgada con la misma calidad cualquiera que sea la condición del cliente; **consumidor, minorista, Pymes o entidades jurídicas**, véase; SAP, Civil sección 11 del 16 de Diciembre del 2010 (ROJ: SAP B 10107/2010). Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1<sup>a</sup>, Sentencia de 7 Abr. 2010, rec. 50/201, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Civil sección 4 del 21 de Septiembre del 2011 (ROJ: SAP TF 1611/2011), Recurso: 291/2011, incluso empresas contratantes con un perfil de alto riesgo y experiencia en temas de inversión o sociedades con experiencia en la contratación de derivados y saben que éstos tienen un valor de mercado, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid SAP, Civil sección 25 del 20 de Octubre del 2011 (ROJ: SAP M 15087/2011) Recurso: 814/2010 | Ponente: MARIA CRISTINA DOMENECH GARRET.

Correlación perfil e información suministrada. Pues bien, si dicho producto no es aconsejable conforme al perfil de la Sra. \_\_\_\_\_ y del Sr. \_\_\_\_\_, clientes-consumidores bancarios, teniendo en cuenta que al tratarse de un consumidor merece una mayor protección, no es menos cierto que en estas condiciones desconocía la Sra. \_\_\_\_\_ y el Sr. \_\_\_\_\_ lo que estaba contratando o si aquello era una inversión segura o si se trataba de una inversión en recursos propios de la entidad bancaria, es decir, la Sra. \_\_\_\_\_ y el Sr. \_\_\_\_\_ creía erróneamente que estaba contratando un producto que si bien le producía un rendimiento satisfactorio en modo alguno percibía que no pudiera obtener su liquidez o que pudiera perder todo el capital invertido, ya que en estas condiciones, si así se hubiera plasmado o informado, difícilmente hubiera respondido al perfil económico de la Sra. \_\_\_\_\_ y el Sr. \_\_\_\_\_, ya que para un inversor conservador no es razonable que invierta en un producto de alto riesgo, especialmente desde una perspectiva de Derecho del consumidor a la información clara y, en concreto, a tenor de las Directivas 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, 1998/27/ CE, de 19 mayo 1998, 2007/64 / CE



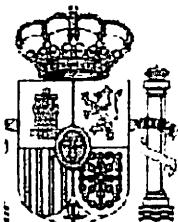
del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, 2008/48 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, y 2009/22 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 y de su correspondientes trasposiciones internas.

Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4<sup>a</sup>, Sentencia de 13 Jun. 2012, rec. 162/2012. *La tutela que se proporciona al consumidor se proyecta necesariamente sobre la necesidad de una información adecuada y, sobre todo, por la imposición directa del legislador de parámetros concretos de conducta en los contratos, configurando el incumplimiento de esos parámetros lo que se ha venido en denominar una "lista negra" de cláusulas que directamente el legislador califica como abusivas y cuyo desconocimiento conlleva una inmediata nulidad, parcial o total del contrato, y un régimen procesal privilegiado, al ser apreciables de oficio. Y que se perfilan sobre la base de que se genere "un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" (art. 82.1 T.R. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LA LEY 11922/2007)).*

Se incumplen por tanto los artículos 78 y 79 de Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo en que se establece el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, así como la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2 y los artículos 60, 64 y 66, y artículos 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 28 de febrero.

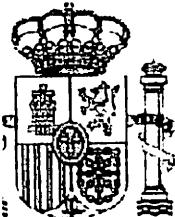
**SEGUNDO.- Consecuencia de la acción ejercitada.** Nulidad del contrato por error en el consentimiento conforme al asesoramiento al consumidor de un valor complejo.

Error sobre las condiciones esenciales que anula el contrato como determina la sentencia del TS de 26-6-2000 y que debe: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar



a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular( STS 14 y 18 febrero 1994 [RJ 1994, 1469 ], y 11 mayo 1998 [RJ 1998, 3711])". Hay error, vicio... cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta – sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Audiencia Provincial de Madrid, sección 10<sup>a</sup>, Sentencia de 26 Jun. 2012, rec. 158/2012, artículo 1.266 C.Civil , según el cual "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo", precepto que ha sido interpretado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2002 , cuando ante la alegación de infracción de los artículos 1.265 y 1.269 C.Civil , que establecen la nulidad del consentimiento prestado como consecuencia de la conducta insidiosa de la actora, dirigida a provocar una determinada declaración de voluntad, puntualiza que "la actuación dolosa de la entidad bancaria ha determinado un error en el consentimiento, que ha de calificarse de esencial y excusable, y que en definitiva, dichos vicios de la voluntad determinan la nulidad de tal consentimiento"; la sentencia de 22 de diciembre de 2009 , con respecto a los contratos celebrados con entidades bancarias, considera que la nulidad del contrato por vicio del consentimiento ha de fundarse en argumentos relevantes, entre otros se encuentra "la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil"; manteniendo en la actualidad la misma postura de interpretación restrictiva de los vicios del consentimiento, pronunciándose en sentencia de 20 de febrero de 2012 en los siguientes términos: "los vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo), requieren una cumplida prueba, sometida a la apreciación de los Tribunales de instancia. El consentimiento tiene naturaleza de hecho y su existencia corresponde declararla al Tribunal tras la apreciación de las pruebas, y

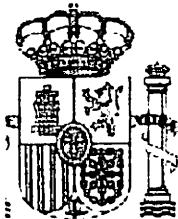


*la misma naturaleza de simple hecho, la tienen los vicios del consentimiento (STS 21 de junio de 1998)".*

SAP, Civil sección 3 del 26 de Octubre del 2012 ( ROJ: SAP CS 802/2012)  
Recurso: 423/2012 | Ponente: ENRIQUE EMILIO VIVES REUS *la obligación de devolverse las partes contratantes las prestaciones recibidas en virtud del contrato declarado nulo surge de la Ley, por lo que no necesita petición expresa de la parte, como así ha declarado reiterada doctrina jurisprudencial. El artículo 1.303 del Código Civil establece que "declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses." En relación al citado precepto la doctrina jurisprudencial ha declarado que, aunque dicha norma reguladora de los efectos de la nulidad, tanto para la nulidad absoluta o radical como la relativa o anulabilidad, está concebida inicialmente para la compraventa, debe ser generalizada en cuanto sea posible y la obligación de devolver no nace del contrato, sino de la Ley que la establece en dicho artículo, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte, pudiendo ser declarada por el juez en virtud del principio "iura novit curia", sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concebido, con la finalidad de evitar la necesidad de acudir a un nuevo pleito y el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra (STS de fechas 22 de noviembre de 1.983 , 24 de febrero de 1.992 y 6 de octubre de 1.994 ).*

*De conformidad con el referido artículo 1.303 y con la anterior doctrina que lo interpreta debe darse lugar a lo solicitado por la parte recurrente de que la parte actora debe devolver a la demandada las participaciones preferentes recibidas en virtud del contrato como consecuencia legal de la nulidad que se declara, así como la suma en concepto de beneficios generados por dichas participaciones, debiendo la parte demandada devolver el dinero percibido con los intereses de dicha suma*

SAP, Civil sección 10 del 26 de Junio del 2012 ( ROJ: SAP M 8913/2012)  
Recurso: 158/2012 | Ponente: Maria Isabel Fernandez del Prado *La resolución contractual conlleva la restitución de la situación al estado en que se encontraba con anterioridad a la celebración del contrato, como deriva del art. 1.124 C.Civ lo mismo ocurre cuando se declara la nulidad de un contrato, puesto que "los contratantes deben*



*restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses" ( art. 1.303 C.Civil ).*

El éxito de la acción de nulidad por vicio en el consentimiento comportará la aplicación del 1303 CC y, por consiguiente, la recíproca devolución de prestaciones, como se dirá en el fallo de la sentencia.

SAP LLeida (secc. 2<sup>a</sup>) 15-6-2012 [Roj: SAP L 460/2012], señalando que en estos casos la parte no puede pretender solo la restitución de capital e intereses sin, a su vez, restituir los rendimientos que ha percibido.

SAP Madrid (secc. 10<sup>a</sup>) 26-6-2012 [Roj: SAP M 8913/2012], donde se recuerda que en caso de resolución deberán restituirse recíprocamente los importes abonados en virtud del contrato con el abono de los intereses legales.

*La declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas debe extenderse al negocio jurídico de canje por acciones, de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos. Nuestra Jurisprudencia, desde la STS de 10 de noviembre de 1964, admite que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado inválido «no sólo cuando exista un precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando... presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior la causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido».*

El Tribunal Supremo ha admitido la propagación de los efectos de la nulidad de un contrato de inversión sobre el contrato realizado posteriormente para enjugar las pérdidas iniciales en casos muy similares. Se trata de las SSTS de 17 de junio de 2010 (LA LEY 114039/2010) y STS de 22 de diciembre de 2009 (LA LEY 283751/2009). En ambos casos, la nulidad de una cláusula de un contrato de «inversión a plazo atípica» que vinculaba su retribución a la evolución en el mercado subsidiario de un subyacente, se propaga a los contratos de inversión posteriores que la misma entidad ofreció para recuperar el dinero porque «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». Fco. Pertíñez Vilchez. Profesor Titular de Derecho Civil Universidad de Granada.

Es por lo que la conclusión en cuanto a la nulidad peticionada, teniendo presente que sus efectos se pueden apreciar de oficio, no puede ser otra sino la recíproca devolución de prestaciones.

**TERCERO.-** Los razonamientos expuestos en los fundamentos que anteceden, conducen a condenar a la demandada, al pago de la cantidad de 459,19 euros, más los intereses legales desde la interpellación judicial, conforme a lo dispuesto en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, hasta el día de hoy, y desde hoy hasta su completo pago, los intereses procesales del artículo 576 de la LEC.

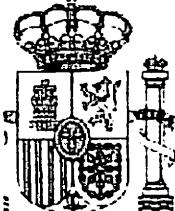
**CUARTO.-** En relación a las costas, se aplica el criterio del vencimiento, que sustancialmente es a favor de la actora, conforme al artículo 394 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. y D.  
contra CATALUNYA BANC SA., DEBO DECLARAR Y  
DECLARO la nulidad de los contratos de suscripción de PARTICIPACIONES  
DEL FONDO CX PATRIMONI FII con devolución de las cantidades aportadas  
45.662,90 EUR al existir error en el consentimiento, más los intereses  
antedichos y costas a la demandada, al propio tiempo la actora deberá devolver

Signat per González De Audicana Zorraquino, Francisco	Codi Segur de Verificació: 0LCOKWYT15E7Q35SMAJTQ0PAR2EXVR Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>	Data i hora 05/02/2015 13:30
	Administració de justícia a Catalunya / Administración de justicia en Cataluña	Pàgina 24 de 25



los fondos de inversión inmobiliaria a la entidad demandada o a la entidad a quien ésta designe.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la presente notificación (art. 458.1 LEC).

De conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre "...todo el que pretenda interponer recurso contra sentencia o auto que pongan fin al proceso o impidan su continuación, consignará como DEPÓSITO 50 EUR si se trata de recurso de apelación..." De conformidad a la Instrucción 8/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, la parte ingresante deberá especificar en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso Código 02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

Así lo acuerda manda y firma, Don Francisco González de Audicana Zorraquino Magistrado titular del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 38 de Barcelona.

**DILIGENCIA.-** La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.