



Administración  
de Justicia

RECEPCIÓN

NOTIFICACIÓN

22 JUN 2016

23 JUN 2016

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 14 DE MADRID**

C/ Capitán Haya, 66, Planta 3 - 28020

Tfno: 914932747

Fax: 914932749

42020310

NIG: 28.079.42.2-2013/0190125

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1467/2013**

**Demandante:: D./Dña.** [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

**Demandado:: CATALUNYA BANC**

PROCURADOR D./Dña. ARMANDO GARCIA DE LA CALLE

Artículo 151.2

L.E.C. 1/2000



(01) 30596453972

**SENTENCIA Nº 179/2016**

En la Villa de MADRID, a DIECISIETE de JUNIO de DOS MIL DIECISEIS .

La Ilma. Sra. DOÑA MARIA JOSE GARCIA JUANES , MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número CATORCE de los de MADRID; habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario número 1467/2013 ; promovidos a instancia de D. [REDACTED]

[REDACTED] y en su representación el Procurador de los Tribunales D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ y asistido del Letrado D. EDUARDO RODRIGUEZ DE BRUJÓN Y FERNÁNDEZ contra CATALUNYA BANC , S.A y en su representación el Procurador de los Tribunales D. ARMANDO GARCIA DE LA CALLE y asistido del Letrado D. CARLOS GARCIA DE LA CALLE ; sobre nulidad y otras ; y,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que la mencionada representación de la parte demandante formuló demanda el 18/11/2013 arreglada a las prescripciones legales, la cual , fundamentaba en los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y termina solicitando se dicte Sentencia: " por la que:

A1) SE DECLARE la nulidad del contrato de suscripción de 24 de participaciones preferentes y títulos de 32 deuda subordinada por falta de consentimiento de la parte actora, y SUBSIDIARIAMENTE , declare su nulidad por vicios de error en el consentimiento.

A2) ALTERNATIVAMENTE SE DECLARE la resolución del contrato de suscripción de participaciones preferentes por el incumplimiento grave de la demandada de sus deberes de información, diligencia y lealtad.

B) SE CONDENE a la parte demandada , a estar y pasar por dicha declaración,

C) SE CONDENE a la parte demandada al PAGO de la cantidad de Veintiséis Mil Setecientos cincuenta y dos euros (26.752,23 E) a la parte actora , correspondiente al importe



Madrid

del capital invertido que la resta por recibir ascendente a 26.752,23 euros, y asimismo al PAGO de los intereses legales devengados hasta la fecha del pago

D) SE CONDENE a la parte demanda al pago de todas las costas causadas en este procedimiento”.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciere en autos asistida de Abogado y Procurador contestara a aquélla, lo que verificó oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando que se dicte Sentencia: “por la que se desestime íntegramente la misma , absolviendo a mi mandante de los pedimentos formulados, con expresa imposición de costas”.

TERCERO.- Que señalada para la celebración de la Audiencia Previa el día 26 de marzo de 2015, comparecieron sendas partes litigantes, ratificándose en la demanda y en la contestación, haciendo las manifestaciones que constan en la misma, y proponiendo como prueba, que fue admitida, la parte demandante: Documental, Interrogatorio de testigos, Pericial y por la parte demandada: Documental, Interrogatorio de parte, motivo por el cual , se señaló para la celebración del Juicio el día 25 de mayo de 2016 , y celebrada la prueba que fue admitida , con el resultado que obra en autos , y hechas las alegaciones que estimaron conveniente las partes se declararon los autos conclusos, para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según resulta de las alegaciones de las partes en sus respectivos escrito rectores , y documental aportada no impugnada de contrario, resulta que D. [REDACTED] -en adelante demandantes- son titulares respecto de CATALUNYA BANC , S.A -en adelante demandada- de 24 títulos de “Participaciones Preferentes” de la Serie A suscritas en fecha 2 de noviembre de 1999 por importe de 24.000 euros y de 32 títulos de “Deuda Subordinada” suscritas con fecha 7 de noviembre de 2003 por importe de 30.000 euros y otra de fecha 11 de noviembre de 2003 por importe de 18.000 euros (documento nº 3 , 4 , 23, 24 de la demanda, documento nº 9 de la contestación). Tampoco es objeto de controversia, de hecho la parte demandada aporta los extractos, que la demandante ha venido cobrando unos intereses periódicamente, hasta el año 2012 de las obligaciones subordinadas y hasta el año 2011 de las participaciones preferentes (documento nº 11 de la contestación)

Pues bien, partiendo de lo expuesto, por la parte demandante se ejercita acción de nulidad por vicio en el consentimiento por error y subsidiariamente de resolución contractual por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios, sobre la base que el empleado de la sucursal de la demandada que le aconsejó dicho producto no le advirtió sobre los riesgos inherentes al mismo ni facilitó información debida, y a dicha pretensión se opone la demandada alegando la falta de legitimación activa, la caducidad de la acción, y manifiesta que dieron a los demandante explicaciones por el personal de la oficina.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo por la parte demandada se opone la FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA, porque los demandantes no tienen en su patrimonio dichas acciones porque las vendieron al Fondo de Garantía de Depósito.

Partiendo que no es controvertido, según resulta del contenido de los escritos rectores, como de la documental aportada (documentos nº, 22, 23, 24 de la demanda, documento nº 3 de la contestación) , por Resolución de 7 de junio de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) tiene lugar el canje obligatorio de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de las que son titulares los demandantes por acciones de la demandada, y posteriormente ante la oferta voluntaria de adquisición de estas acciones por parte del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, los demandantes la aceptaron con una quita sobre su inversión que ha reducido el capital invertido en deuda subordinada de 48.000 euros a 37.258,30 euros y en participaciones preferentes de 24.000 euros a 7.989,23 euros.

En el presente caso la venta posterior de las acciones no excluye de legitimación a los demandantes, para ejercitar la acción objeto de autos, pues como mantiene el TS en su sentencia de 17 de junio de 2010 en los supuestos que los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, -como es el caso, pues la parte demandante no habría vendido las acciones si no las hubiese adquirido antes -, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya. El principio aplicable sería, en consecuencia, simul stabunt, simul cadent [juntos caerán quienes juntos estén. Y que, sigue diciendo dicha STS, el hecho que no se declare nulo ese segundo contrato, no obsta a que las consecuencias económicas de la misma puedan ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula . El propósito del artículo 1303 CC es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto de la invalidez y la jurisprudencia ha declarado que la obligación que en él se establece para los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato nulo, con sus frutos, y el precio con los intereses, puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas económicos derivados de la nulidad contractual, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones contenidos en los artículos 1101 y siguientes CC , que establecen la obligación de resarcir los perjuicios nacidos del incumplimiento, teniendo en cuenta su carácter previsible o su vinculación con el hecho que da lugar a ellos ( STS de 26 de julio de 2000 ).

Al decir de la Sentencia del TS de 12 de enero de 2014 "No puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas".

En este mismo sentido se pronuncian mayoritariamente la Audiencias Provinciales, traer a colación la más reciente la Sentencia de la AP de León sección 2 del 17 de marzo de 2016, en un supuesto semejante al presente, y que a su vez cita otras, dice:

"El motivo ha de ser desestimado, pues a los efectos del artículo 10 LEC, los actores al haber suscrito la deuda subordinada de la entidad Caixa Catalunya en las fechas indicadas con anterioridad, podrán ejercitar las acciones correspondientes, en concreto la anulación por vicios en el consentimiento, y esto con independencia de la sobrevenida enajenación de las acciones de las que eran titulares como consecuencia del canje de los títulos originariamente adquiridos -deuda subordinada-, la legitimación deriva del alegado vicio en el consentimiento prestado por las mismas en las ordenes de adquisición de esos títulos originarios, como consecuencia de la falta de información que se imputa a la parte con la que contrataron (en la actualidad la demandada). No es, por lo tanto, la titularidad actual de esos valores adquiridos lo que se invoca, ni lo es, de igual modo, la "causa de pedir" de la acción ejercitada en la demanda, ni lo que constituye o confiere la legitimación en sentido estricto a las demandantes, sino la alegada existencia de una voluntad formada erróneamente por falta de información que la entidad bancaria con la que se suscribieron se encontraba obligada a proporcionarles.

De acuerdo con la que doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales. Por un lado, no puede hablarse de imposibilidad de restitución de "la cosa objeto del contrato", dado que las obligaciones de deuda subordinada fueron obligatoriamente canjeadas por acciones de Catalunya Banc (recompra por esta y entrega a cambio de las acciones), incidiendo sustancialmente esa resolución administrativa en el régimen del contrato al imponer la sustitución de la prestación recibida (deuda subordinada) por un objeto diferente, las acciones. Por otro lado, aunque formalmente se califique la venta de las acciones como voluntaria, la realidad es que era la única opción razonable a la que podían acogerse los suscriptores, dada la notable pérdida de valor de su inversión, siendo esta la única forma de paliar en lo posible o reducir el importe de la pérdida. Por último, y como consecuencia de lo anterior, la finalidad restitutoria a que obliga la nulidad ( artículos 1.303 y 1.308 del C. Civil ) queda cumplida con la entrega del valor obtenido por la venta de esas acciones, como acordó la sentencia recurrida.

Como se razona en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 5 de marzo de 2015, recurso 572/2014, "la venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos era la solución que se ofreció a la actora para amortiguar la pérdida sufrida hasta ese momento", de modo que a los demandantes no les "quedó más remedio que aceptarlo para minimizar las pérdidas de su inversión". Como en un supuesto análogo señala la STS del Pleno de 12 de enero de 2015 (recurso número 2290/2012), "no puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas".

Añadiendo la referida sentencia, "La venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos difícilmente puede considerarse como voluntaria sino que ha de entenderse, más bien, como opción forzada ante la desconfianza que suponía para el inversor minorista mantener la titularidad de unas acciones, es decir, de una parte del capital de un Banco en el

que había hecho una inversión sin suficiente información y que se había revelado como de riesgo. La venta de las acciones se mostraba así como un remedio parcial a la situación del adquirente de preferentes o deuda subordinada que en modo alguno puede implicar renuncia a intentar recuperar la totalidad de la inversión ante los tribunales, que es lo que pretende el demandante en el presente procedimiento.

Entre el contrato de suscripción de obligaciones de deuda subordinada y los posteriores canje y venta existe una clara vinculación causal de modo que los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen igualmente los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad. [...] En aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato, la nulidad de los contratos señalada arrastra la del canje realizado para la conversión de las obligaciones subordinadas, considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo, la ineficacia por nulidad relativa abarca o engloba el contrato inicial y los posteriores con el mismo origen.

Como mantiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 2010 y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas del primero no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Por ello, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya.

Y a esta misma conclusión se llega por aplicación de lo establecido en el artículo 1.208 del Código Civil, al señalar que "la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen". De tal manera que la relación que se extingue, y la que nace por efecto de la novación extintiva están ligadas por un nexo de causa a efecto».

De igual forma se rechaza que esa venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos impida la declaración de nulidad de la compra de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, dado que, como establece esa misma sentencia:

«La consecuencia de la nulidad es la restitución de las respectivas prestaciones, de las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil ».

«El deber de restitución que impone el mencionado artículo es aplicable [...] a los supuestos de anulabilidad [...], tratándose de conseguir a través del mismo que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante ( sentencia de 26 de julio de 2000 ), restitución para la que no se necesita petición expresa ( sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1.983 , 24 de febrero de 1.992 y 8 de enero de 2007 ), dado que la obligación de restitución no nace del contrato, sino de la ley ( sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006 y de 22 de mayo de 2006 ), motivo por el que, aun cuando no se pida, no se incurre en incongruencia».

«... es de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 1.307 del Código Civil, el cual establece que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pudiera devolverla por haberla perdido deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la fecha, ya que tal y como ha establecido la jurisprudencia sobre la materia, el término "haber perdido" incluido en el

texto legal debe de ser entendido en sentido amplio: pérdida culpable, o por caso fortuito, o por haberse transmitido a tercero adquirente de buena fe, como sería el caso de autos».

Esta interpretación del artículo 1.307 del Código civil es la mantenida por la jurisprudencia al equiparar la transmisión voluntaria de la cosa con la pérdida de la misma a que se refiere el precepto. Muestra de ello son las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2013 (recurso 567/2011 ) y de 28 de abril de 2014 (recurso 2450/2011 ), declarando esta última que

«la interpretación normativa deba reconducirse al ámbito de aplicación del artículo 1307 del Código Civil , en la medida en que la enajenación del bien, supuesto del presente caso, puede considerarse equivalente a la pérdida de la cosa que expresamente contempla dicho precepto, ante la inexistencia de respuesta normativa específica respecto de esta cuestión».

Los actores, por tanto, gozan de legitimación activa para instar la nulidad de la adquisición de los productos de inversión referidos en cuanto parte contractual que invoca la existencia de un vicio del consentimiento, no viniendo obligados por la declaración de nulidad a la restitución de unas "cosas" objeto del contrato que ya no están en su patrimonio, sino únicamente del dinero en que, finalmente, se han convertido.

Son numerosas las sentencias de Audiencias Provinciales que han mantenido esta interpretación, pudiendo mencionarse, entre otras la de 22 de septiembre de 2015 (recurso 414/2014) de la Sección 21 de la AP de Madrid y las que esta cita de esta misma Audiencia: de 17 diciembre 2014 ( Sección 12ª); de 11 marzo 2015 ( Sección 19ª); de 14 mayo 2015 y 5 junio 2015-recurso 798/2014 - ( Sección 9ª); de 29 junio 2015 (Sección 10ª) y de 20 julio 2015 (Sección 18ª) o la de 20 de enero de 2016, (Sección 1ª) AP León, recurso 497/2015”.

En consecuencia con lo expuesto los demandantes se encuentran legitimados para ejercitar la presente acción objeto de esta litis.

**TERCERO.-** Se alega por la entidad demandada la CADUCIDAD de la acción de nulidad por error, al amparo del artículo 1301 del Código Civil que dice “La acción de nulidad sólo durará cuatro años”, este tiempo empezará a correr en los casos de error, dolo o falsedad de la causa , desde la consumación del contrato. Justifica el transcurso de dicho plazo la parte demandada que la suscripción de las ordenes tienen lugar el el 2 de noviembre de 1999, el 7 y el 11 de noviembre de 2003, y la demanda iniciadora de esta litis se presenta el 18 de noviembre de 2013.

Ciertamente en torno a la naturaleza del plazo existe en la doctrina disparidad de criterios, de hecho , la Jurisprudencia no ha sido uniforme bien la han calificado como plazo de prescripción (TS Sala 1ª, S 27-3-1989. Pte: Santos Briz, Jaime, TS S 27-2-1997, nº 138/1997, rec. 24/1993. Pte: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio) , y otras veces, como plazo de caducidad (Sala 1ª, S 23-9-2010, nº 558/2010, rec. 1576/2006. Pte: Roca Trías, Encarnación Tribunal , S 5-10-2007, nº 1045/2007, rec. 4138/2000. Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier , S 3-3-2006, nº 216/2006, rec. 2331/1999. Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier).Y es Jurisprudencia reiterada ( SS.TS. 5-4-78 , 7-5-81 , 8-11-85 , 18-12-84 y 18-6-86) con las diferentes consecuencias que produce una u otra, tal que, en la caducidad una vez iniciado el cómputo de plazo no es susceptible de suspensión ni interrupción a diferencia de la prescripción (artículo 1973 del Código Civil), y que a diferencia de la prescripción que sólo puede estimarse cuando la invoca como excepción el demandado, el plazo de caducidad ha

de tomarse en cuenta por el Juez o Tribunal aunque sólo se desprenda su transcurso de la propia exposición de la demanda u oposición a la misma.

Ahora en el caso, como entiende la mayoría de la doctrina de las Audiencias Provinciales y ha declarado la Jurisprudencia se entienda que se trata de un plazo de caducidad, y no habría transcurrido el plazo, porque al tratarse de contratos de tracto sucesivo el momento de la consumación y por tanto día inicial del cómputo, es el de la suspensión de beneficios o de devengo de intereses, que en el presente caso, fue sobre el año 2011 y el año 2012 (documento nº 11 de la contestación).

Así lo ha entendido la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015, y doctrina ratificada por la del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 376/2015 de 7 julio, por lo que deviene en jurisprudencia, y a tenor de la primera:

“No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984 ), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 ) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983 )”.

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

« Así en supuestos concretos de contratos de tracto 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" ».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de « ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico ». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Y asimismo lo confirma esta doctrina Jurisprudencial para un supuesto semejante al presente el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 102/2016 de 25 febrero.

Por tanto la acción objeto de autos no se entiende que hubiese caducado, cuando se presenta la demanda iniciadora de esta litis .

CUARTO.- En cuanto al producto , esto es: "Participaciones Preferentes" y "Deuda Subordinada", son numerosas las resoluciones de Audiencias Provinciales que los han

analizado, en el caso de la Audiencia Provincial de Madrid, citar entre otras muchas, como más recientes: Sección 8ª Sentencia 104/2016, de 3 de marzo, Sección 11ª, Sentencia 107/2016, de 12 de febrero, Sección 12ª, Sentencia 34/2016 de 29 de enero, Sección 9ª, Sentencia 8/2016, de 8 de enero, Sección 20ª, Sentencia 373/2015 de 20 de octubre.

Ahora bien igualmente reciente es, en un supuesto semejante al presente la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 102/2016 de 25 febrero, que describe los citados productos del siguiente tenor:

“b) Las obligaciones subordinadas:

3.- En términos generales, se conoce como deuda subordinada a unos títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad, ya que está subordinado el pago en orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios (en caso de concurso, art. 92.2 Ley Concursal). A diferencia de las participaciones preferentes, que como veremos, suelen ser perpetuas, la deuda subordinada suele tener fecha de vencimiento. El capital en ningún caso está garantizado y estos bonos no están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Básicamente, la regulación de las obligaciones subordinadas que pueden emitir las entidades de crédito se recoge en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, y en el Real Decreto 1370/1985. Sus características son las siguientes: a) A efectos de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes, siempre que el plazo original de dichas financiaciones no sea inferior a 5 años y el plazo remanente hasta su vencimiento no sea inferior a 1 año; b) No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada ejecutables a voluntad del deudor; c) Se permite su convertibilidad en acciones o participaciones de la entidad emisora, cuando ello sea posible, y pueden ser adquiridas por la misma al objeto de la citada conversión; d) El pago de los intereses se suspenderá en el supuesto de que la entidad de crédito haya presentado pérdidas en el semestre natural anterior.

Por tanto, las obligaciones subordinadas tienen rasgos similares a los valores representativos del capital en su rango jurídico, ya que se postergan detrás del resto de acreedores, sirviendo de última garantía, justo delante de los socios de la sociedad, asemejándose a las acciones en dicha característica de garantía de los acreedores.

Tras la promulgación de la Ley 47/2007, este producto financiero se rige por lo previsto en los arts. 78 bis y 79 bis LMV; mientras que con anterioridad a dicha normativa MiFID, se regían por lo previsto en el art. 79 LMV y en el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

c) Las participaciones preferentes:

4.- La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.

Sobre este producto financiero se ha pronunciado específicamente esta Sala en sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; y 489/2015, de 16 de septiembre . En ellas, se resalta la sujeción de estos productos financieros a la normativa MiFID, y con anterioridad, a las previsiones del art. 79 LMV y al RD 629/1993 .

La actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 2 h ) incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes están reguladas en la antes citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Cumplen una función de financiación de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en ellas no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permite definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012) de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-participes”.

QUINTO.- En cuanto al marco contractual en el que se desarrolla la contratación del/ de los producto/s objeto de autos, se plantea controversia entre las partes litigantes pues, mientras que la parte demandante explica que adquiere este producto por consejo y asesoramiento del personal de la sucursal , en virtud de la confianza generada suscriben el producto, mientras que la parte demandada, no cuestiona esta versión pero alega que actuó como mera intermediaria y comercializadora, no habiendo firmado con los demandantes ningún contrato de asesoramiento o gestión de cartera sino un contrato de depósito y administración de valores , no teniendo obligación la demandada de asesorar, limitándose a

prestar servicio de inversión consistente en recepción y transmisión de órdenes de suscripción de instrumentos financieros objeto del presente litigio.

Procede previamente traer a colación unos apuntes en relación al desarrollo legislativo de los servicios de inversión.

Tal que la “gestión asesorada de cartera”, es una figura de creación jurisprudencial , así traer a colación la Sentencia del TS de 11 de julio de 1998 , en la que se distingue dentro de los “contratos de gestión de cartera de valores” dos modalidades, a saber, “contrato de gestión asesorada de cartera de inversión” en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución y el “contrato de gestión discrecional de cartera de inversión” en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera.

Ahora bien, esta Sentencia del TS se dicta en un determinado contexto legislativo, esto es, bajo la redacción vigente del artículo 71, j) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores - en adelante LMV- , hasta el 18/11/1998 , y precepto aquél en el que, entre otras actividades de las sociedades de valores, además de la de recibir y ejecutar órdenes de inversores (artículo 71, a) LMV) comprendía la de “gestionar cartera de valores de terceros” (artículo 71, j) LMV), y sin embargo, no contemplaba la actividad de asesoramiento.

Dicha LMV fue modificada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que entre otros , da nueva redacción al artículo 63 de la LMV, en el que, se relacionan los “servicios de inversión” y distingue, entre otros, la recepción y ejecución de órdenes por cuenta de terceros (artículo 63.1, a), b) LMV), y la “gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores” (artículo 63.1, d) LMV). Y contemplaba como actividad complementaria , el asesoramiento sobre inversión “en uno o varios instrumentos” (artículo 63.2, f) LMV).

Durante el tiempo de vigencia de dichos artículos de la LMV antes de la reforma introducido por la Ley 37/1998, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios (derogado por dde.un RD 217/2008 de 15 de febrero de 2008), aunque aplicable con carácter general a los gestores de cartera , no contemplaba específicamente una regulación sobre la “gestión de carteras”. Por su parte, la Orden de 25 de octubre de 1995 , de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación de los Mercados de Valores y Registros obligatorios, tampoco contenía una regulación específica respecto a dicha actividad, si bien establece en el apartado Octavo que es necesaria la utilización para desarrollar las operaciones de “gestión de cartera” un contrato-tipo.

Es ya, con la Orden de 7 de octubre de 1999 de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión (derogado por dde.un O EHA/1665/2010 de 11 de junio de 2010), y ya bajo la vigencia de la nueva redacción dada al artículo 63 LMV por la Ley 37/1998, que se legisla específicamente sobre la actividad de “gestión de cartera”, si bien, el legislador entiende por tal: “la actividad de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión”. Y en dicho articulado, entre otros principios y deberes que deben regir tal actividad se cita el de asesorar profesionalmente a los clientes teniendo en consideración la información obtenida de ellos, que haya que estar a los criterios pactados por escrito (“criterios generales de inversión”), que los gestores invertirán el patrimonio de cada unos de los clientes según su mejor juicio profesional, diversificando las posiciones en busca de un equilibrio entre liquidez, seguridad y

rentabilidad, se abstendrán de realizar operaciones con el exclusivo objeto de recibir comisiones directas o indirectas, evitarán los conflictos de interés entre el gestor y su grupo con el cliente, o entre distintos clientes.

En consecuencia, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 37/1998, de la LMV y la citada Orden de 7 de octubre de 1999, el legislador no contempla esa figura de creación jurisprudencial “gestión asesorada de carteras de inversión”, sólo contempla como “gestión de carteras”, la “gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, siendo el asesoramiento como ya se ha dicho actividad complementaria, y no a modo de relación continuada sino puntual sobre “uno o varios instrumentos”.

Posteriormente, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (entra en vigor el 21 de diciembre de 2007, normativa MIFID) modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Esta Ley 47/2007 da nueva redacción al artículo 63 LMV, y establece en su apartado primero, entre los que se consideran servicios de inversión, distingue, por un lado, la recepción y ejecución de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros (art 63.1, a, b) LMV), la “gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes” (art 63.1, d) LMV), y el “asesoramiento en materia de inversión”, entiendo por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. Y además dice: “No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos previstos 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.” (art 63.1, g) LMV).

Por tanto es con la Ley 47/2007 que se introduce en la legislación española el “asesoramiento de carteras” como servicio de inversión, de hecho en la Exposición de Motivos de la citada Ley 47/2007 destaca como una novedad importante en el catálogo de servicios de inversión el “asesoramiento en materia de inversión” entendido como la realización de recomendaciones personalizadas a un cliente sobre instrumentos financieros. Y así también dice la Exposición de Motivos, que en “cuanto a las categorías de empresas de servicios de inversión, la Ley crea un nuevo tipo de empresa de servicio de inversión autorizada para realizar exclusivamente el servicio de asesoramiento en materia de inversión: las «empresas de asesoramiento financiero»”.

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), «(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que

aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como « la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ». Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que « se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)», que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Más recientemente el Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, en Sentencia de 18-4-2013 sobre el contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, dice: «es aquel por el que una empresa autorizada a actuar profesionalmente en el mercado de valores (como es el caso de la entidad de crédito demandada, art. 37.1.b de la Ley del Mercado de Valores) se obliga a prestar al inversor servicios de gestión personalizada, profesional y remunerada sobre los valores integrantes de la cartera del inversor, cumpliendo determinadas exigencias reforzadas de profesionalidad, información, buena fe, imparcialidad y diligencia, con arreglo al mandato conferido por el cliente, para que éste obtenga una mayor rentabilidad en sus actuaciones en el mercado de valores.

En línea con lo declarado en la sentencia de la Sala 1ª 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. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 21 de noviembre de 2002, dictada en el asunto C-356/2000, caso Testa y Lazzeri contra Comisiones Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) , afirma en su párrafo 38 que la gestión de carteras debe efectuarse con arreglo a un mandato en virtud del cual el inversor faculta a una empresa de inversión para tomar decisiones de inversión por su cuenta, discrecionales pero respetando siempre las decisiones estratégicas del inversor.

Por tanto, es un contrato que por su función económica y su significación jurídica encaja en el esquema contractual del 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.

SEXTO.- Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, consta suscrito por los demandantes “contrato de cuenta de valores” con fecha 30 de agosto de 1999 (documento nº 8 de la contestación). Normalmente contiene una prestación de un servicio de custodia y administración de valores con la consiguiente apertura de cuenta y desarrollo de actividades de intermediación en operaciones por cuenta del cliente. Es decir la entidad demandada se limita a cumplir o ejecutar las órdenes de inversión que le daba el demandante. Ciertamente no consta acreditado por la demandante la existencia de un “contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión”, tal que suelen estar formalizados en contratos-

tipo y se percibe una determinada remuneración por tal servicio, que en la presente litis no consta.

Pero no obstante, si se advierten indicios de la existencia de un servicio de asesoramiento en el marco de esa relación contractual de depósito y administración de valores, en el sentido expuesto en el anterior Fundamento de Derecho, tal que, partiendo de las circunstancias personales de los demandante, que no han sido cuestionadas de contrario (artículo 405.2 LEC), si bien los informes periciales que se aportan por la demandante, en tanto emitidos por personas con cualificación profesional en "Psicología" (documentos nº 12, 13 de la demanda), carecen de suficiente virtualidad probatoria para llegar a la convicción sobre los conocimientos sobre el producto en cuestión, por cuanto están realizados en septiembre de 2013 cuando ya conocen el estado de la situación, a través del correspondiente asesoramiento profesional, ahora bien confirma las mismas declaraciones testimoniales practicadas, que a la fecha de la suscripción de la/s orden/s los demandantes regentaban un pequeño bar, tienen estudios básicos, son personas de perfil conservador, incluso no utilizaban tarjetas de crédito, por lo tanto no consta tengan estudios de otra naturaleza de los que inferir que tengan especiales conocimientos en materia financiera, y aunque dice el TS en Sentencia de 25 de febrero de 2016 antes citada: "Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida.", se alega por la parte demandada que los demandantes eran titulares de otros productos (documento nº 9 de la contestación), de ello no se infiere que se tratase de persona de perfil dinámico, con especial predilección por el riesgo, tal que las acciones no son productos complejos, tampoco consta que especulasen con los mismos, el resto de productos se ignoran sus características ni como fueron comercializados, en su caso, constan también productos sin riesgo, luego, no se advierte que dichos demandantes fuesen expertos en materia financiera. Sin perjuicio que no se cuestiona que sean minorista. Y mientras que dichos demandantes ofrecen una explicación de cómo se produce la formalización de la operación, esto es, porque se lo ofrece un empleado de la sucursal, la entidad demandada nada dice al respecto, no se ha dado una versión distinta, de hecho ninguno de los testigos confirma que fueron ellos personalmente los que comercializan dichos productos con los demandantes.

Pues bien, de acuerdo con las reglas sobre la carga probatoria, y sobre la facilidad probatoria (art 217 LEC), corresponde acreditar a la parte demandada que fueron los demandantes los que se interesaron personalmente por invertir en este producto, bien que se le ofreció el mismo entre otros posibles, decidiéndose por el que fue contratado, lo cual, no acredita, de hecho resulta inverosímil que unas personas con el perfil de los demandantes prestase especial interés en invertir en un producto que, como se dijo antes y así la ha venido entendiendo la doctrina, se trata de un producto complejo para cuya comprensión se requiere tener ciertos conocimientos en materia bursátil, razones que llevan a estimar que dicho producto le fue recomendado personalmente a estos demandantes por parte de los empleados de la sucursal de la entidad demandada, por lo que existió un servicio de asesoramiento.

SEPTIMO.- Siendo éste el contexto en el que se suscribe la /s citada/s orden/es de compra del producto en cuestión, procede entrar a analizar el cumplimiento de los deberes de

información que pesan sobre las entidades financieras, y normativa aplicable en relación a tales productos financieros, pues como dice el Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, en su Sentencia de 20-1-2014:

“Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.”.

Sigue diciendo la Sentencia:

“Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros ( Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos ( The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar”.

En el presente caso, como en el supuesto que contempla la citada Sentencia del TS , se trata de cliente minorista -extremo no controvertido - y de un producto financiero complejo -como se ha expuesto en anteriores Fundamentos de Derecho -, y a la fecha de la contratación teniendo en cuenta el marco la normativa, representada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que fue objeto de una importante reforma por la Ley 47/2007, de 9 de diciembre (entra en vigor el 21 de diciembre de 2007, normativa MIFID), establecía en el artículo 78.1, que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministerio de Economía, y en el artículo 79.1 fijaba en los apartados a), c) y e), como principios de actuación de las entidades de crédito, respectivamente, los de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado”, “desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios” y “asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados”.

En desarrollo de estas previsiones legislativas, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios

(derogado por dde.un RD 217/2008 de 15 de febrero de 2008), establecía en su artículo 16.1 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen «un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación », debiendo además informarles, según señalaba el artículo 16.2, « con toda la diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones ».

Este Real Decreto incorporaba como Anexo un Código general de conducta de los mercados de valores, del que cabe destacar algunas disposiciones, como la obligación de las entidades de solicitar de sus clientes “ la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vaya a proveer” (artículo 4.1), la obligación de las entidades de ofrecer y suministrar adecuada información a sus clientes aparece expresamente contemplada en su art. 5.1 “Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos”, así como en su artículo 5.3 “La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos”.

Ya posterior a la contratación “las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes” del art. 19 Directiva 2004/39/CE fueron traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, “de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión”, que “ deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias ” (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe “ proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional “. Y aclara que esta descripción debe “ incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas ”.

En su apartado 2, concreta que “ en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento ".

Asimismo en dicha Sentencia del TS, en cuanto a la evaluación de la conveniencia y de la idoneidad, dice:

"Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 7 9bis. 7 LMV ( arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado ".

Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " ( art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV ( art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los

objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...)"

Al decir de la citada Sentencia del TS de 25 de febrero de 2016: "La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza".

OCTAVO.- En el caso de autos, que se parte que los demandantes son minoristas y por tanto sujetos de especial protección, y asimismo la carga de la prueba de que la entidad demandada proporcionó a los demandantes información suficiente, imparcial, clara y no engañosa, tal se exige por normativa de Mercado de Valores antes expuesta, como ha tenido ocasión de decir la doctrina (sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 19 de marzo de 2012; o de Mérida, Sección 3, de 23 de febrero de 2012), corresponde a dicha demandada, pues al cliente no se le puede exigir la prueba de acreditar la omisión informativa se le estaría atribuyendo el "onus probandi" de un hecho negativo (Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2012). En este mismo sentido la Sentencia del TS de 25 de febrero de 2016 precisa: "Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril (RJ 2013, 3387), y 769/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608), para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, 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. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías”.

En el caso de autos, no consta aportadas las Ordenes de compra, sólo constan aportadas unas “Cartillas”, en donde aparecen reflejados los productos pero no contiene especificación alguna sobre sus características, tampoco consta que se entregase a los demandantes con la antelación suficiente documentación escrita, tal como resúmenes de folletos informativos que cita alguno de los testigos, y tampoco resulta acreditado que se diese dicha información de forma verbal, tal que los testigos, ciertamente el tiempo transcurrido no han arrojado luz sobre este extremo, de hecho parece que la información que se ofrecía no era detallada respecto a todas las características de los productos, en su caso, los riesgos que conllevaba estas inversiones. No se ha aportado ninguna otra prueba que lleve a la convicción de que se diesen explicaciones suficientes acerca del producto para que la demandante lo comprendiese en todos sus particularidades.

Sobre este particular, la STS de 10 de septiembre de 2014 declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación».

También la STS de 12 de enero de 2015 precisa que “no se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014 (TJCE 2014, 401), dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable.”.

En consecuencia, se llega a la conclusión que la entidad demandada no cumplió con la obligación de información que le era exigible, no llevó a cabo una correcta evaluación de

la conveniencia y de la idoneidad del producto en cuestión. No consta se realizase valoración del riesgo de los demandantes como cliente para, en su caso, saber su grado de conocimientos y experiencia, para saber el alcance de la información que se les debía dar para que el cliente tome la decisión de contratar ese producto conociendo todos los aspectos fundamentales del mismo, así como tampoco consta se valorase por la demandada situación financiera y objetivos de inversión del cliente para recomendarles el instrumento que más les conviniese al mismo.

NOVENO.- Las acciones que se ejercitan en la presente litis se basan en el incumplimiento por parte de la demandada de los anteriores deberes de información, en principio se pretende como principal la nulidad de la relación contractual que derivan de las citadas ordenes de suscripción ya de inicio no se puede hablar de una nulidad absoluta equiparable a la inexistencia del contrato, por cuanto, no se cuestiona que los demandantes eran titulares de dichos productos, consta en dichas "Cartillas" anotaciones de dicho productos, que estando en posesión de los demandantes reflejan su consentimiento, máxime cuando durante estos años cobraron los intereses, y en las declaraciones fiscales así constarían reflejados, y tampoco se ha acreditado que a la fecha de la suscripción los demandantes carecieran de capacidad cognitiva y volitiva.

No obstante lo cual, según resulta del anterior Fundamento de Derecho la entidad demandada no cumplió en debida forma su deber de información.

Cierto es que tiene declarada la Jurisprudencia, que la falta de observancia de los deberes de información por la parte demandada, pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas así el TS en su Sentencia de 20 de enero de 2014, dice:

"En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27)".

En concreto, en el presente caso se alega por la parte demandante la nulidad sobre la base de un error en el consentimiento.

Al respecto del mismo la citada Sentencia del TS de 20 de enero de 2014 pone de manifiesto que :

"La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29

de octubre: 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.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). 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.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, 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”.

Así concluye la citada Sentencia del TS que “Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”.

Y continúa diciendo:

“El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero”.

Esta misma doctrina Jurisprudencial es recogida por la Sentencia del TS de 25 de febrero de 2016.

DECIMO.- Aplicando lo expuesto al caso de autos, y tal como se dijo en anteriores Fundamentos de Derecho , por la entidad demandada no se valoró adecuadamente los conocimientos y experiencia de los demandantes, situación financiera y objetivos, para saber el alcance de la información que se le debiera proporcionar, no se le proporcionó adecuadamente la información, respecto a un producto que como se dijo resultaba complejo, no consta siquiera le fuese entregado “tríptico informativo”, ni es suficiente que se pusiera a disposición “Folleto informativo” que obrase en la página web correspondiente, porque ello no revela que los demandantes pudieran adquirir el conocimiento de lo que estaba adquiriendo, y en concreto sobre los riesgos asociados a dicho producto teniendo en cuenta las condiciones personales y perfil minorista de dichos demandantes, ni siquiera consta tuviesen momento de reflexión para llegar a conocer las características del/ de los producto/s.

Con lo que no sólo concurre una presunción de esa falta de conocimiento, es que tampoco consta acreditado que los demandantes tuviesen conocimientos en la materia para conocer con exactitud las características propias del producto, al margen que no se diese esa información.

Luego concurren los presupuestos legales expuestos en el anterior Fundamento de Derecho para apreciar error en la contratación por parte de los demandantes, tanto , el

requisito de la esencialidad, esto es, falsa percepción sobre las características propias del producto, como el requisito de excusabilidad en la medida en la que los demandantes, como ya se dijo no consta tengan un conocimiento previo de este producto financiero, ni tuvo tiempo para reflexionar sobre el mismo, luego no le es imputable a los demandantes el error, sino a la falta de información por parte del demandado respecto de las características, funcionamiento y riesgos del producto teniendo en cuenta las condiciones personales y perfil minorista de los demandantes. En conclusión, tiene lugar un manifiesto desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, la complejidad técnica de los contratos todos estos aspectos inciden directamente en la apreciación del carácter excusable del error.

Si bien se alega por la demandada que el hecho que los demandantes vinieron cobrando los intereses o cupones en su momento bien la declaración fiscal proporcionada revela que conocía el producto, bien su confirmación a su contratación, no es así, pues como precisa la Jurisprudencia respecto a la doctrina de los actos propios “sí bien es cierto que prohíbe ir a su autor contra actos que definan claramente su posición o situación jurídica, o tiendan a crear, modificar o extinguir algún derecho, también lo es que tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en Derecho por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error, ya que aquel conocimiento viciado, es notoriamente incompatible con la exigida “intención manifiesta” (Tribunal Supremo Sala 1ª, S 28-9-2009)”, o bien en cuanto a la confirmación, tiene declarada la Jurisprudencia (Tribunal Supremo Sala 1ª, Pleno S 12/01/2015) “La 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.”

En el presente caso, se desconoce en que momento los demandante se advierte realmente del producto contratado porque no consta comunicación alguna por la demandada a la demandante, de hecho dice la citada STS de 12/1/2015: “La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error”.

No obsta tampoco a lo expuesto, el canje a acciones obligatoriamente suscritas, pues como mantiene el TS en su sentencia de 17 de junio de 2010 los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas de las participaciones preferentes no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya. Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el art. 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. En consecuencia, el precepto define la “restitutio in integrum”, con retroacción “ex tunc” de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) Sentencia núm. 179/2015 de 27 abril, en un supuesto en el que se habían vendido las acciones, entendiéndose que no se está ante modificación del contrato de compra de participaciones preferentes, por cambio de objeto derivado de la sustitución de participaciones preferentes por acciones, si no ante una inexistencia sobrevenida de la relación jurídica de compra de participaciones preferentes por quedar excluido de su contenido el objeto que fue materia del contrato, por actuación ajena y externa a la voluntad de los contratantes, exclusión del objeto que conforme a la previsión del art. 1261 CC lleva a considerar inexistente el contrato cuando la demandante llevó a cabo la venta de acciones entregadas por el FROB, por las razones siguientes. Y concluye que la actuación del FROB implicó la exclusión del objeto del contrato claudicante, participaciones preferentes, las cuales fueron objeto de recompra por tercero con obligación impuesta a la demandante de reinvertir el importe obtenido en acciones de la demandada, razón que no permite atribuir a la venta de acciones el carácter confirmatorio previsto en el art. 1309 CC, por no concurrir el presupuesto habilitante, establecido en el art. 1310 CC, que tan solo permite la confirmación de los contratos " que reúnan los requisitos expresados en el art. 1261 CC ", no concurrente en el presente caso por inexistencia de objeto. Y añade que "Lo expresado tampoco permite considerar extinguida la acción de nulidad, art. 1314 CC, por no ser atribuible a la demandante la pérdida de la cosa objeto del contrato anulable, participaciones preferentes cuya pérdida fue el resultado de actuación externa y ajena a la demandante, artículo cuya interpretación permite considerar no extinguida la acción de nulidad cuando la pérdida del objeto no sea atribuible a quien pudiera ejercitar la acción de nulidad, como así ocurre en el presente caso por no ser atribuible a la demandante la pérdida del objeto, interpretación consecuente con la previsión establecida en el art. 1307 CC, que expresamente prevé la restitución alternativa en el supuesto de imposible devolución por pérdida de la cosa objeto del contrato".

Ahora precisamente porque el canje de participaciones preferentes por acciones resultado impuesto por el FROB en el ámbito de sus competencias ajenas a la relación jurídica privada aquí debatida, no procede pronunciamiento en relación al canje como tampoco respecto a la venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que no es parte en la presente litis.

Por todo lo cual procede estimar la nulidad por error, y resulta innecesario analizar el resto de acciones que de forma subsidiaria o alternativa mente se piden en la demanda.

**UNDECIMO.-** Que declarado nulo el contrato -entiéndase anulable-, produce sus efectos de volver a un estado jurídico preexistente, de modo que, su consecuencia natural y lógica de reintegro, a cada uno de los interesados, en las cosas y el valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, según se halla previsto expresamente en los artículos 1303, 1307 y 1308 del Código Civil.

Según resulta de la sentencia 852/2008, de 24 de septiembre, de la Sala Primera del Tribunal Supremo "el régimen jurídico que establece el artículo 1.303 del CC, que configura una suerte de *condictio indebiti*, y mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante ( SSTS de 26 de julio de 2000 y 13 de diciembre de 2005 ), nace de la Ley y no necesita petición expresa ( SSTS de 24 de febrero de 1992, 20 de junio de 2001, 11 de febrero de

2003 , etc.), por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio iura novit curia por "no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido ( SSTS de 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 13 de diciembre de 2005 , etc.)".

Y a este respecto, según la doctrina de las Audiencias Provinciales ( Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) Sentencia núm. 174/2015 de 2 junio, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) Sentencia núm. 222/2015 de 3 junio, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) Auto de 1 junio 2015) , en orden a la restitución recíproca de prestaciones a fin de que las partes vuelvan a tener la situación patrimonial que tenían con anterioridad a la celebración del contrato, vienen entendiendo que la demandada deba devolver a demandante el importe invertido, más sus intereses legales desde la fecha de la suscripción de las participaciones preferentes anuladas.

Como dice la S.T.S. de 3-12-2013 : "Los intereses del precio que prevé el art. 1303 del Código Civil no son intereses remuneratorios o moratorios, que tienen por función resarcir al acreedor la privación del disfrute del dinero que prestó a otro o el daño que le causó el deudor por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación, a los que es de aplicación el art. 1916 del Código Civil , sino que responden al principio de restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces, por el que a la devolución de la cosa con sus frutos debe corresponder la devolución del precio con sus intereses, y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa ( sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 843/2011, de 23 de noviembre, recurso núm. 2061/2009 , y las que en ella se citan)".

De esa cantidad se deducirá el importe de los cupones abonados a los demandantes, más los intereses legales de esos cupones desde la fecha de su percepción, como consecuencia ipso iure.

Y en cuanto a la controversia que resulta sobre lo que debe deducirse - si netos o brutos- debe entenderse el rendimiento o dividendo bruto percibido con exclusión de los gastos y comisiones de cada liquidación, tal como así lo ha resuelto la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) Sentencia núm. 169/2015 de 22 abril, al decir:

"En definitiva se está discutiendo si como la entidad financiera demandada fue abonando a los hoy actores los intereses devengados, haciendo la retención ex lege a favor de Hacienda, éstos han de devolver tan sólo los intereses ingresados directamente a los hoy actores (los intereses que se denominan "netos") o se ha de devolver también la parte de intereses que se retuvieron a favor de la Hacienda Pública y que se ingresaron a Hacienda. Sabido es que la Jurisprudencia viene manteniendo como principio general que las cuestiones fiscales derivadas de los contratos son ajenas a la Jurisdicción civil. Y en nuestro caso el titular de esas cantidades que se retienen e ingresan en la Hacienda por parte de la entidad financiera es o son los hoy actores. Es evidente que esa cantidad no pertenece a la entidad financiera, de manera que en la relación contractual ha de pertenecer a la otra parte (los hoy actores). Hasta el punto que en la Declaración de la renta anual se toman esas retenciones como cantidades abonadas por el declarante (los hoy actores). En definitiva si los actores, como se dice en la sentencia, tan sólo debieran devolver a la demandada las cantidades recibidas como lo que denomina "intereses netos" se estaría devolviendo menos cantidad de la recibida. La sentencia de la AP de Madrid, 9ª, sostiene la anterior postura:... "los actores deben descontarse los rendimientos brutos percibidos por estos (12.773,55 euros), no los netos (10.315 euros), dado que las cantidades retenidas de esos rendimientos e ingresadas en la Agencia Tributaria por Bankia no dejan de ser rendimientos pertenecientes a los demandantes, que como tales deberán haberlos consignado en sus declaraciones

tributarias; a los propios actores les corresponderá regular su situación tributaria, incluyendo la solicitud de devolución de esas retenciones". En definitiva en este momento la Sala sostiene el criterio que como principio los actores han de volver lo que pudiéramos denominar intereses brutos (suma de los recibidos directamente más lo indirectos ingresados a cuenta en Hacienda). La Sala suele excepcionar en casos en que sea imposible la recuperación o por las molestias que comporta los intentos de devolución con Hacienda; pero no se ha incidido especialmente sobre estos supuestos".

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) en Sentencia núm. 234/2015 de 26 junio, al decir: "Como acertadamente se argumenta en el recurso si se toman en consideración los intereses netos en vez de los brutos, la cantidad a devolver por los actores no se correspondería con lo que realmente han percibido, pues la diferencia entre aquella a la que tenían derecho, que la demandada puso a su disposición, y la suma líquida que definitivamente recibieron, fue ingresada en la Hacienda Pública por Banco CEISS en concepto de rendimientos del capital mobiliario percibido a cuenta de la declaración anual del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas al formar parte de la base imponible, lo que en su momento minorara la cantidad que finalmente resulte a pagar por Dña. Cecilia y D. Mauricio o les dará derecho a la devolución del exceso que les corresponda, que fue la que ingresó a cuenta del referido impuesto el Banco al estar obligado a ello por disposición legal - artículos 74 a 78 del Reglamento del IRPF."

Asimismo la parte demandante tendría que reintegrar a la demandada los títulos anulados o en su caso de las acciones obligatoriamente suscritas, pero como quiera que fueron vendidas, lo que tendría que reintegrar es la cuantía obtenida por la venta de las acciones (37.258,30 euros y 7.989,23 euros ), pero en el presente caso habiendo ya la parte demandante realizada la compensación, no habiéndose alegado en contrario nada , es por lo que procede fijar la cantidad a pagar por la demandada en 26.752,47 euros - la parte demandante comete error aritmético en los céntimos, si bien en el escrito de demanda también se cita esta cantidad-, sin perjuicio de los intereses legales del capital invertida (72.000 euros) desde que se hicieron las respectivas inversiones hasta el día de la venta por la que adquieren los 45.247,53 euros, y los intereses legales de la cantidad de 26.752,47 euros (72.000 euros - 45.247,53 euros) , a partir de su pago a los demandantes por la compradora de dichas acciones , y descontando los intereses o cupones que se hayan recibido por los demandantes más sus intereses.

**DECIMOSEGUNDO.-** Que en cuanto a las costas conforme el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impondrán a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.

**V I S T O S :** lo preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación al caso de autos.

## FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ en nombre de [REDACTED] contra CATALUNYA BANC, S.A.:

1.-Debo declarar y declaro la nulidad del contrato de suscripción de 24 de participaciones preferentes y títulos de 32 deuda subordinada, condenando a dicha demandada a que restituya a la parte demandante del capital invertido la cantidad de VEINTISEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON CUARENTA Y SIETE CENTIMOS (26.752,47 Euros) más los intereses legales del capital invertida desde que se hicieron las inversiones hasta el día de la venta y los intereses legales de la cantidad de 26.752,47 euros a contar de su pago derivado de la venta, y descontando los intereses o cupones que se hayan recibido por los demandantes más sus intereses.

2.- Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de la prestaciones que deben restituirse sobre la base liquidadora expuesta en el Fundamento de Derecho Undécimo, al amparo del artículo 219 de la LEC.

3.- Todo ello con imposición de las costas causadas en el procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes con indicación de que contra la misma cabe Recurso de Apelación para ante la Audiencia Provincial, a interponer ante este Juzgado, en el plazo de VEINTE DIAS a partir del siguiente a su notificación, teniendo que constituir el depósito correspondiente, en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en este Juzgado.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACION. – La anterior sentencia, ha sido dada, leída y publicada por la Ilma. Sra. MAGISTRADA-JUEZ que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Decimonovena**

C/ Ferraz, 41, Planta 5ª - 28008

Tfno.: 914933886, 914933815-16-87

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0190125

**Recurso de Apelación 827/2016**



(01) 30887809861

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 1.467/2013

**APELANTE:** BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

**PROCURADOR:** D. ARMANDO GARCÍA DE LA CALLE

**APELADOS:** ██████████

**PROCURADOR:** D. MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ

**SENTENCIA Nº 97**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ

D. MIGUEL ÁNGEL LOMBARDÍA DEL POZO

Dª. CARMEN GARCÍA DE LEÁNIZ CAVALLÉ

En Madrid, a ocho de marzo de dos mil diecisiete.


La Sección Decimonovena de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1.467/2013 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandantes-apelados ██████████, representados por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ y defendidos por Letrado, y de otra, como demandado-apelante **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**, representado por el Procurador D. ARMANDO GARCÍA DE LA CALLE y defendido por Letrado; todo ello en virtud del

recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 17 de junio de 2016.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ**.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 17 de junio de 2016, cuyo fallo es del tenor siguiente:

*“Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ en nombre de D.  contra CATALUNYA BANC, S.A :*

*1.-Debo declarar y declaro la nulidad del contrato de suscripción de 24 de participaciones preferentes y títulos de 32 deuda subordinada, condenando a dicha demandada a que restituya a la parte demandante del capital invertido la cantidad de VEINTISEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON CUARENTA Y SIETE CENTIMOS (26.752,47 Euros) más los intereses legales del capital invertida desde que se hicieron las inversiones hasta el día de la venta y los intereses legales de la cantidad de 26.752,47 euros a contar de su pago derivado de la venta, y descontando los intereses o cupones que se hayan recibido por los demandantes más sus intereses.*

*2.- Será en ejecución de Sentencia donde se determinará la liquidación concreta de la prestaciones que deben restituirse sobre la base liquidadora expuesta en el Fundamento de Derecho Undécimo , al amparo del artículo 219 de la LEC.*

*3.- Todo ello con imposición de las costas causadas en el procedimiento a la parte demandada.”*


**SEGUNDO.**- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, dándose traslado a la adversa que se opuso al mismo y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.**- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 7 de los corrientes.

**CUARTO.**- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la Sentencia nº 179/2016, de 17 de junio de 2016 del Juzgado de 1ª instancia nº 14 de Madrid, dictada en el procedimiento ordinario 1.467/2013, que coincidan con los siguientes:

**PRIMERO.**- Mediante dicha resolución judicial se estimó sustancialmente la demanda interpuesta el 18 de noviembre de 2013, que fue admitida a trámite mediante el Decreto de 10 de enero de 2014, por la representación procesal de los actores-apelados:  contra CATALUNYA BANC, S.A., que ha sido sucedida procesalmente por BBVA, S.A., en materia de nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes y deuda subordinada, sin que conste que tuvieran ambos demandantes conocimientos financieros, ni que sean inversores expertos, al tiempo de interponer la demanda.

**SEGUNDO.**- Interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad CATALUNYA BANC, S.A., que se funda en los argumentos que a continuación se exponen de forma resumida: A) Efectos de la declaración de nulidad: Aplicación abusiva del interés legal sobre el total invertido con cita del artículo 1303 del CC, entendiendo que el cómputo del interés legal genera abuso de derecho, porque el interés obtenido con inversiones conservadoras ha sido inferior al interés legal del dinero. B) Solicitud de la no imposición de las costas procesales por serias dudas de derecho.

La parte actora respondió en su escrito de oposición al recurso, contraponiendo sus alegaciones favorables a la sentencia apelada a los argumentos desarrollados por la entidad bancaria recurrente en el escrito de interposición de su apelación.

**TERCERO.**- En principio, entendemos que no concurre abuso jurídico alguno por la aplicación al caso del interés legal del dinero, porque en el suplico de la demanda se solicitó la condena de la entidad bancaria al pago del principal: 26.752,23 € a favor de la parte actora, que corresponde al importe del capital invertido que le resta por recibir, porque de la inversión inicial de 72.000 €, ya recuperó 45.247,53 €. Y, asimismo se reclamó el pago de los intereses legales devengados hasta la fecha de su abono. Dichos pedimentos fueron atendidos con arreglo a lo dispuesto por los artículos 1303 y 1308 del CC, conforme a la explicación del último párrafo del fundamento jurídico undécimo de la sentencia recurrida, donde resulta, que *“la parte demandante tendría que reintegrar a la demandada los títulos anulados o en su caso de las acciones obligatoriamente suscritas, pero como quiera que fueron vendidas, lo que tendría que reintegrar es la cuantía obtenida por la venta de las acciones (37.258,30 euros y 7.989,23 euros), pero en el presente caso, habiendo ya la parte demandante realizado la compensación, no habiéndose alegado en contrario nada, es por lo que procede fijar la cantidad a pagar por la demandada en 26.752,47 euros, - la parte demandante comete error aritmético en los céntimos, si bien en el escrito de demanda también se cita esta cantidad-, sin perjuicio de los intereses legales del capital invertida (72.000 euros) desde que se hicieron las respectivas inversiones hasta el día de la venta por la que adquirieron los 45.247,53 euros, y los intereses legales de la cantidad de 26.752,47 euros (72.000 euros - 45.247,53 euros), a partir de su pago a los demandantes por la compradora de dichas acciones, y descontando los intereses o cupones que se hayan recibido por los demandantes, más sus intereses”*.

Y en la parte dispositiva de la sentencia recurrida se declaró: *“la nulidad del contrato de suscripción de 24 participaciones preferentes y 32 títulos de deuda subordinada, condenando a dicha demandada a que restituya a la parte demandante del capital invertido la cantidad de VEINTISEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON CUARENTA Y SIETE CENTIMOS (26.752,47 Euros), más los intereses legales del capital invertido desde que se hicieron las inversiones hasta el día de la venta y los intereses legales de la cantidad de 26.752,47 euros a contar de su pago derivado de la venta, y descontando los intereses o cupones que se hayan recibido por los demandantes, más sus intereses. Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de la prestaciones que deben restituirse sobre la base liquidadora expuesta en el Fundamento de Derecho Undécimo, al amparo del artículo 219 de la LEC”*.

**CUARTO.**- De lo cual se infiere que no hubo abuso de derecho, ni error alguno, de los que se alude en el recurso de apelación, en dichos apartados de la sentencia recurrida, porque no se prevén legalmente en estos casos otros correctivos distintos al interés legal, como pueda ser el IPC, sobre el total invertido, concepto que debe interpretarse hasta la sucesiva venta de la parte valorada en 45.247,53 euros de los productos contratados inicialmente. Y en este sentido, se pronuncia la Magistrada-juez “a quo” en su explicación del fundamento jurídico undécimo de la sentencia recurrida, distinguiendo la diferencia entre la inversión inicial de 72.000 € y la cuantía reconocida, que le quedaba por percibir 26.752,23 €, objeto del fallo. Cuya resta es 45.247,53 €, que por haberse ya cobrado no se incluyó en el citado suplico de la demanda. Por lo tanto, no tiene razón la parte apelante en el primer motivo del recurso porque no se estimó la demanda de manera desproporcionada, al compensarse los intereses legales percibidos por ambas partes litigantes, debiendo considerarse los efectos económicos de la nulidad declarada judicialmente en la sentencia recurrida, conforme el art. 1303 CC -completado por el art. 1308 CC-, de modo que se mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado, alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirente. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por cada adquirente, una vez deducidos los importes de la venta de los productos canjeados, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono, con arreglo a la sentencia recurrida, cuya fundamentación jurídica ha resultado refrendada por la doctrina de la STS, Civil sección 1ª de 30 de noviembre de 2016 (ROJ: STS 5288/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5288), nº 716/2016, Recurso: 2559/2014: A consecuencia de la anulación de las órdenes de suscripción de participaciones preferentes, y de deuda subordinada, la parte demandante debe restituir a la entidad apelada los títulos de las participaciones preferentes cuya adquisición se ha anulado, menos lo percibido del FROB por el canje de las mismas, o en su caso, por la venta de las acciones obtenidas en dicho canje, así como abonar los cupones, que es el interés legal de las cantidades percibidas en concepto de rentabilidad de los títulos adquiridos, más sus intereses legales. Lo cual concuerda con la doctrina de las sentencias de la misma Sala 1ª del Tribunal Supremo con los siguientes números: 744/2015, de 30 de diciembre; 102/2016, de 25 de febrero; y 625/2016, de 24 de octubre, dictadas

también en sendos casos de nulidad de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del consentimiento.

**QUINTO.**- La confirmación de la sentencia recurrida y la consecuente desestimación del recurso de apelación nos obliga a imponer a la apelante las costas devengadas en esta alzada, no concurriendo serias dudas fácticas y jurídicas, debido a la doctrina consolidada que hemos citado en esta clase de asuntos litigiosos, y conforme a lo prevenido en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con pérdida del derecho a recuperar el depósito para recurrir (D.A. 15ª de la LOPJ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **III.- FALLAMOS**

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.", contra la Sentencia nº 179/2016, de 17 de junio de 2016 del Juzgado de 1ª instancia nº 14 de Madrid, dictada en el procedimiento ordinario 1.467/2013, de que dimana el presente Rollo de Sala; y en su virtud,

2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

3º) Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma

Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid , con el número de cuenta 2837-0000-00-0827-16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la Sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.