

**Audiència Provincial
de Barcelona**

Secció 11a

**Rotlle núm. 317/2014
Jutjat de Primera Instància núm. 13 de Barcelona
Actuacions de procediment ordinari núm. 84/2013**

Sentència núm. 12/2016

Il.lms. Srs.

**Josep M^a Bachs i Estany
Francisco Herrando Millán
María del Mar Alonso Martínez**

Barcelona, 14 de gener de 2016

La Secció Onzena de l' Audiència Provincial de Barcelona ha vist amb el núm. 317/2014 les actuacions de recurs d'apel·lació interposat per la procuradora Sra. Julibert i Amargós, part actora, i ha pronunciat la següent Sentència.

I. Antecedents de fet:

Primer. La part dispositiva de la Interlocutòria Definitiva apel·lada és la següent: "FALLO.- Que estimando la caducidad alegada por la defensa de la parte demandada, Catalunya Banc SA, debe desestimarse totalmente la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales, D^a Magdalena Julibert Amargós, sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, contra Catalunya Banc SA, absolviendo a Catalunya Banc SA de las pretensiones contra él deducidas. No se hace expresa condena en costas a ninguna de las partes".

Segon. Ha comparegut en aquesta alçada la part recurrent a través de la procuradora Sra. Julibert i Amargós.

Ha comparegut en aquesta alçada la part oponent a través del procurador Sr. De Anzizu i Pigem.

Ha estat assenyalada per a deliberació, votació i decisió del recurs l'audiència del dia 16 de desembre de 2015, el que ha tingut lloc a l'hora prevista.

HA ESTAT VIST, essent ponent l'Il·lm. Sr. Magistrat Josep M^a Bachs i Estany, President de la Secció.

II. Fonaments Jurídics:

Primer. Apel·la la part actora la Sentència d'instància (f. 490 i ss.) pels següents motius:

1er) Considera erròniament la sentència d'instància caducada l'acció d'anul·labilitat. Es confon la perfecció del contracte amb la seva consumació.

2on) A dia d'avui aquesta part és titular encara d'unes participacions preferents que li van costar 96.847,07 e i és sobre aquestes participacions que hom pretén la recíproca restitució de coses objecte del contracte, atès allò que disposa l'art. 1303 CC. No solament allò que va ser objecte del contracte sinó els seus fruits. Per això es va demanar compensar els interessos abonats fins ara amb els deguts sobre la suma de la compravenda. Les participacions són ara accions excloses de cotització. Aquesta part no va acceptar la oferta de recompra, de manera que no hi ha hagut cap novació. Sinó una modificació ex lege. Físicament no les té ella sinó la demandada en dipòsit. Res es reclama per les participacions adquirides al seu moment i després venudes per l'entitat i cal entendre que aquest és un capítol pel qual les parts estan saldades i quitançades.

3er) l'acció exercitada fou la de nul·litat absoluta i radical de la compravenda. El Jutjat entén que es tracta de l'acció d'anul·labilitat i li aplica la caducitat. Estem davant d'una nul·litat per manca absoluta de consentiment. Això ni ha estat contradit a la contestació. Aquesta part mai va signar una ordre de subscripció de preferents. No hi ha contracte. No hi ha consentiment. No es pot considerar convalidada l'absència de consentiment. Encara que s'hagin venut en part, ja que això només

evidència l'habilitat de l'entitat bancària per a perpetuar un error del que només s'adonà aquesta part quan va observar que els seus títols no tenien valor i que havia perdut tota la seva inversió. Invoca la sent. 18-4-2013 del TS. El problema és que mai es va donar la informació suficient de que allò que es comprava era d'alt risc. L'absència d'informació ha estat de tal magnitud que determina manca total de consentiment. Estem davant d'operacions no sol·licitades i ni tan sols va signar l'ordre de subscripció.

4rt) Nul·litat relativa: absència de caducitat: subsidiàriament es va accionar de nul·litat relativa per error. El termini de quatre anys que dóna l'art. 1301 CC no ha estat qualificat unànimement com de caducitat (així ho afirma el TS en sentència de 27-2-1997 que en cita moltes més, que el declara de prescripció (tesi majoritària segons el professor Pertíñez, La Ley, 26-12-2013), així com les sents. del TS de 1-2-2002 i 8-10-2012), però és que, a més, en aquests casos el *dies a quo* de la caducitat, de la possibilitat d'exercici de l'acció, arrenca de la data de consumació (art. 1301 CC) i no pas des de la perfecció (sent. TS 11-6-2003).

A data de la demanda no s'havien exhaurit els vincles entre les parts -darrera liquidació d'interessos, desembre de 2011- independentment de la polèmica entre si estem davant d'un contracte de tracte únic o de tracte successiu. Els al·legats de la demandada que pretenen dissociar la compra de l'emissió no són assumibles. Es tracta de valors propis de la caixa i fins l'amortització de l'emissió o devolució per termini final de la suma del capital invertit o fins la venda a tercers resten les parts lligades.

El contracte de compte de valors és de tracte successiu i no s'esgota amb una sola operació de compra i custòdia sinó que allí s'hi liquiden periòdicament els fruits de l'operació. Invoca que dita doctrina és seguida per les sentències de l'AP de Teruel de 3-12-2013, Guipúscoa de 25-11-2013, Albacete de 21-10-2013, Granada de 4-10-2013, Salamanca de 19 de juny de 2013 i valència de 3 d'abril de 2013, que comenta, i Barcelona -13a- de 16-10-2013, que netament aposta per considerar el contracte de tracte successiu i sinal·lagmàtic.

5è) fons de la qüestió: l'únic document subscrit per aquesta part no conté cap informació sobre característiques i funcionament del producte, no s'informa del risc de pèrdua de la inversió, es va oferir com inversió segura i adient al perfil d'un client conservador. No és possible que l'actora arriqués més de 96.000 € amb consciència de que podria perdre la inversió o de tenir a la pràctica una absoluta manca de liquiditat. Segons el TS hi ha error (sent. 21-11-2012) determinant de vici del consentiment quan la voluntat del contractant es forma a partir d'una creença inexacta. És evident que va subscriure moguda per un assessorament que li va contractar a nom seu els seus propis productes com a segurs i liquidables en qualsevol moment. Estem davant d'un error substancial essencial i excusable.

Contra allò que manifesta l'entitat, que del simple examen dels

extractes mensuals es podria haver adonat que no era un dipòsit sinó una compra de valors, la realitat és que no es va percebre com a tal sinó com mers extractes dels interessos d'un dipòsit a termini.

El marit no va intervenir per res. Sempre havien contractat un i altre dipòsits a termini o fons d'inversió sense risc de capital. No és lògic que canviessin d'estratègia als 65 anys. Enlloc consta que s'assegurés l'entitat que la clienta entenia el negoci que estava celebrant. Invoca la sent. TS 28/2003 de 20-1-2003 i la de 18-4-2013.

Postula la revocació i la resolució del contracte de subscripció ordenant la recíproca restitució de coses objecte del contracte i fruits, és a dir, condemnant la caixa a tornar els 96.847,07 € més interessos legals i compensant dits interessos amb els rendiments obtinguts.

S'oposa la part demandada (f. 527 i ss.) pels següents motius:
1er) la part actora ha exercitat l'acció d'anul·labilitat. Per vicis de consentiment (error i dol) Encara que parli de manca de consentiment, totes les al·legacions van a exercitar l'acció d'error. No qüestiona que sabia que adquiria participacions preferents, l'únic que diu és que desconeixia els seus efectes. Suposadament per manca d'informació. L'acció d'anul·lació dura quatre anys que és un termini de caducitat la contractació entre les parts es limita a la compra o subscripció dels títols i a obrir un compte de dipòsit i custòdia. No es qüestionen les obligacions nascudes del propi títol, segons la llei de l'emissió. Quina validesa no es discuteix (ni es podria sinó davant un Jutjat Mercantil). La tesi que manté aquesta part, de que el *dies a quo* comença amb la compravenda la mantenen la sent. 5-11-2012 de la secc. 20a de l'AP Madrid, la sent. de 30-3-2012 de la secc. 4a de l'AP de Saragossa i la sent. de 26-7-2011 de la secc. 2a de l'AP de Badajoz.

2on) El dies a quo comença amb la data de la compravenda que és la data de consumació del contracte. La sentència recorreguda segueix la tesi de les tres Audiències vistes. La mateixa direcció apunta el Jutjat 53 de Barcelona en sent. del procediment 1466/2012 i al 1477/2012 de data 24-4-2013.

3er) El mandat s'esgota amb el compliment de l'ordre de compra. Els valors es van adquirir l'any 1999.

4rt) El contracte a més està confirmat per la venda de part dels títols -fins en quatre ocasions- i pel cobrament dels rendiments durant més de 15 anys. Sense cap reclamació.

5è) Informació prestada: les ordres de compra són anteriors a la legislació MiFID i es regeixen per l'antic art. 79 LMV de 1988 i el RD 629/1993; aleshores no era preceptiu el test d'idoneïtat ni el de conveniència. Ni tan sols s'intenta identificar la persona que va proposar la compra.

6è) La càrrega de la prova de la informació facilitada la té l'entitat demandada, certament, però no hi ha manera d'acreditar què va passar l'any 1999 ara mateix, sense col·laboració de l'actora. Hi havia obligació de guardar registre de dita operació

durant 6 anys. Ara són 5. No és versemblant que ni arribés a signar cap ordre escrita. El cert és que se li va lliurar el fulletó de la CNMV. Invoca a més la presumpció de voluntat lliure de la sent. TS de 12-2-2013

7è) quant a l'al·legació cinquena del recurs sobre infracció de normes administratives, de la que hom pretén derivar una nul·litat absoluta per infracció de norma imperativa oposa que la sent. TS de 22-12-2009 va deixar clar que dites infraccions suposen sancions administratives però no pas la nul·litat del propi acte contradictori. Tesi acollida al seu moment també per la secc. 17a de l'AP Barcelona de 22-4-2005.

Postula la confirmació amb costes.

Segon. L'anàlisi de l'actuat revela acreditats els següents antecedents i fets:

a) A la seva demanda (15-1-2013) l'actora que es presenta com mestressa de casa de 65 anys al moment de subscriure les participacions preferents, sosté que va contractar sota error, dol i absència de consentiment explícit de part seva.

Tot això

1) atès que la demandada va comercialitzar les seves participacions preferents de forma generalitzada i indiscriminada, mitjançant una política comercial molt agressiva per la qual es va col·locar aquest producte complex i d'elevat risc agent amb perfil conservador com és el seu cas;

2) que el dol de la part demandada resta manifestat pel fet de que en una situació de greu conflicte d'interessos, l'entitat va tractar de salvaguardar els seus enlloc dels del client, transformant en capital propi els estalvis dels clients;

3) en tercer lloc, va incomplir de forma greu i dolosa les seves obligacions més elementals d'informació veraç, pertinent, adient i completa tant pel que fa a la naturalesa i característiques essencials del producte com respecte a la situació crítica de la part ara actora. Tot el que va provocar l'error sobre el producte objecte del contracte.

Efectivament es va comercialitzar participacions preferents de Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited, filial participada al 100% per la pròpia entitat com una forma d'obtenció de capital a costa dels propis clients. Que resten desprotegits pel Fons de Garantia de Dipòsits i no poden recuperar mai més la inversió si no es pot accedir a un mercat secundari.

Es tracta d'un producte complex i de risc elevat (ho explica en profunditat) no solament segons jurisprudència i doctrina sinó de la pròpia CNMV, altament arriscat i en aquest sentit gens indicat per a estalviadors conservadors.

No fou iniciativa d'aquesta part comprar aquest producte, sinó que li fou recomanat pel director de l'oficina 0351 que fou qui va seleccionar i determinar el producte on invertir els estalvis de l'actora. Quan es va contractar (17-12-1999) tenia 65 anys. Cap nivell per a comprendre aquesta inversió. Se la va enganyar. En profit de l'entitat amb greu conflicte d'interessos (art. 79 bis

2 i 3 i 79. quater LMV i RD 1309/2005).

Invoca jurisprudència menor que considera incompliment per negligència de l'entitat (sents. AP Pontevedra 25-4-2012).

Reconeix haver confiat en dit director. Considera dolosa la seva actuació per no haver informat adequadament (invoca el RD 629/1993 i la Directiva 2004/39/CE que establí la normativa MiFID en aquesta matèria, la modificació per llei 47/2007 de la LMV de 1988 i els arts. generals en matèria d'obligacions, 1261, 1262, 1265, 1266 i 1303 CC). No s'ha informat, no s'ha assegurat que el client ha entès l'operació, no s'ha assegurat que el producte és adient, es va minimitzar el risc dient que en qualsevol moment es podia recuperar la inversió i es va falsejar la informació sobre la rendibilitat del producte. Sosté al respecte que fins i tot el mercat secundari AIAF Mercado Renta Fija era més teòric que real i que en els moments en que aquesta suposada "liquiditat" es donava era per transmissió interna de client a client de la Caixa a través d'una hàbil gestió d'aquesta per a que no es notés.

Considera que hi ha dol pel fet d'incomplir la obligació essencial d'informar de forma completa franca i transparent. Sosté l'actora que ni tan sols va signar l'ordre de compra, sinó que es va fer directament per l'entitat amb recolzament únicament en el contracte de compte de valors subscrit el 17-12-1999. S'ha reclamat l'ordre de compra de valors i mai ha aparegut.

Tampoc s'ha informat de l'evolució del valor de les preferents (sent. AP Valladolid 20-2-2012). La part demandada va actuar com una veritable gestora de cartera amb assessorament financer (art. 63.1. g LMV) i va executar l'ordre de subscripció sense el coneixement del client i de forma unilateral. Especialment se l'havia d'advertir quan va començar el descens excessivament acusat del seu valor.

No es va complir amb el contracte de compte de valors, on consta que s'ha de comunicar les operacions, i aquí no es va fer especialment quant al preu de cotització. Quelcom molt criticat per la CNMV a la seva Memòria de 2007.

Aquesta part va descobrir que el producte contractat eren participacions preferents el juliol de 2012 a la vista del clam periodístic al respecte. Va anar a l'entitat per a que li confirmessin que era un producte sense risc i li van donar una posició econòmica (f. 310) que a data 24-7-2012 resultava que no valien 96.847,07 € sinó que era un producte "no valorat".

Reitera que concorren dolo i error

Com a conseqüències postula en primer lloc la nul·litat absoluta per manca de consentiment i la recíproca restitució de coses. A la pètitia demana la resolució del contracte amb restitució recíproca de la suma de la inversió, 96.847,07 € i el lliurament de les participacions i que es considerin compensats els interessos percebuts amb els deguts.

Acompanya contracte de compte de valors (f. 55 i ss.) guia de la CNMV sobre participacions preferents (f. 57 i ss.), guia sobre la normativa MiFID en anglès (f. 70 i ss.), fulletó informatiu complet de l'emissió de participacions preferents Catalunya Caixa

Preferential Issuance Limited (f. 92 i ss.) d'agost de 1999, adjuntats al seu moment a un correu electrònic de 20-11-2012 (f. 192), reclamacions i consultes a la CNMV de 2007 (f. 193 i ss.) i un extracte de moviments on consta que es van comprar 168 participacions el 20-12-199, lue se'n van vendre 6 el 6-4-2001, altres 6 el mateix dia, 7 el 9-4-2010, 33 el 12-4-2010 i 20 el 24-1-2011 per valors respectivament de 168.883,73 €, 6.006,51, 6.006,51, 7001,31, 33.008,09 i 20.014,84 € (f. 311).

b) la part demandada va contestar i es va oposar a la demanda invocant en primer lloc caducitat de l'acció exercitada, que entén és d'anul·labilitat, atès que la compra es va perfeccionar i consumir l'any 1999, venent-se algunes de les participacions en dates posteriors (2001, 2010, 2011), acompanyant les liquidacions de dites operacions (f. 365 i ss.), de manera que hauria passat abans de la interposició de la demanda més de quatre anys en cada cas. Es va lliurar el tríptic al client (f. 367 i ss., condicions generals de l'emissió). Actualment el mercat secundari reconeix que està paralitzat ja que no es troba preu de venda adient. Acompanya també els extractes de valor d'abonament de cupons (f. 368 i ss., per import total de 41.947,62 €), trimestrals (f. 372 i ss., per import total de 21.429,48 €) i a efectes fiscals (f. 385 i ss.) tramesos al client (f.). Es nega que es degués de fer el test de idoneïtat o de conveniència per ser de data anterior a la reforma de la LMV (2007) i que s'hagi assumit l'assessoria financera del client ja que només es va fer una funció d'intermediació o comercial. No se li va vendre res, es va executar una ordre de compra. En els contractes de compte de valors (clàusula 7) hi ha un termini de 15 dies per a conformar o manifestar reserves o queixes sobre extractes i liquidacions. La manca de cap queixa demostra la validesa del consentiment prestat. Sempre ha estat l'actora perfectament coneixedora del producte. Tampoc podria prosperar una acció d'anul·labilitat basada en dol o error perquè el contracte ha estat en tot cas confirmat en acceptar el càrrec en compte i els abonaments de cupons al llarg dels anys. Invoca actes propis.

Postula la desestimació amb costes.

Acompanya el contracte de dipòsit de valors (f. 364),

c) L'audiència prèvia es va celebrar (f. 440) el 25-7-2013 després de dues suspensions (DVD al f. 439). Es va admetre com a prova requerir la demandada per tal que aportés rebut signat per l'actora de tota la documentació que es sdiu se li va lliurar prèviament a contractar, del fulletó informatiu, interrogatori de la demandada i testifical del director de l'oficina Sr. Sureda, així com de l'empleat Sr. Hernández González.

d) El judici es va celebrar el 19-12-2013 (f. 446, DVD al f. 445)

Tercer. La Sentència d'instància, de data 7 de gener de 2014 (f. 448 i ss.) desestima íntegrament la demanda.

Entén, després d'analitzar la naturalesa del contracte de subscripció de participacions preferents, d'analitzar la normativa aplicable i de qualificar l'acció exercitada com

d'anul·labilitat per error o dol (21 pàgines), caducada l'acció d'anul·labilitat adherint-se al corrent jurisprudencial i doctrinal (sents. AP Madrid -20a- de 5-11-2012, AP Saragossa -4a- de 30-3-2012 i AP Badajoz 266/2011) que considera consumat el contracte amb la compravenda i pagament del preu de la subscripció. Partint de que l'ordre de subscripció (que mai ha aparegut) va existir.

Entén també que ateses les liquidacions practicades al llarg dels anys (14) l'actora no va manifestar cap disconformitat -tot i dir-se clarament que es tracta de participacions preferents- i ha percebut dits abonaments, així com els extractes a efectes fiscals. I fins i tot ha venut algunes participacions, de manera que el contracte no pot ser vàlid en allò que afavoreix i nul en allò que no (sent. AP Àvila 9-9-2010 -que esmenta la de Ciudad Real de 18-6-2009-).

Conseqüentment, desestima la demanda i absol el demandat.
Amb costes a l'actora.

Quart. El primer i quart motiu de recurs consideren que la sentència s'equivoca de plantejament en apreciar la caducitat, comptant el termini des de la compravenda de les participacions i no des de la finalització dels efectes de l'emissió, ja sigui per termini final o per rescab, o per incompliment de l'obligació d'abonament dels cupons (de no ser pel qual dit termini no podria començar mai per tractar-se de venciment perpetu).

S'ha d'acollir.

Com ja hem exposat als afers 1/2014 i 344/2014 la caducitat no es pot mai predicar de la compravenda sinó del negoci mixt de subscripció de participacions preferents que comporten un seguit d'obligacions per a la part bancària i que el fan de tracte successiu i no instantani.

Així, cal recordar que al rotlle 344/14 vam dir:

“(…) **Cinquè.** El motiu sisè postula la caducitat de l'acció d'anul·labilitat. No es pot acollir. Novament, al Rotlle 1/2014 ja vam dir:

“(…) **Sisè.** El cinquè motiu de recurs manté, sobre la base del punt de partida anterior, que perfeccionada la compra de les participacions i pagat el seu preu amb càrrec al compte de l'ordenant de compra, es va consumir un contracte de compra i que a partir de l'endemà va començar a córrer el termini de caducitat de quatre anys (evidentment transcorregut al temps de la demanda) de forma que no es podria ara invocar l'acció d'anul·labilitat.

No es pot acollir.

No s'ha consumat el contracte ni ha començat, tan sols, a transcórrer el termini de caducitat fins març de 2012.

Estem davant d'un contracte de tracte successiu que no es consuma fins al final de les prestacions (en aquest cas fins el març de 2012 en que comença a deixar de pagar l'entitat els rendiments) no ha caducat l'acció.

Però és que en cas de tractar-se d'una venda errònia d'una cosa per altra (i, de considerar-ho mera venda estaríem en aquest cas,

l'error seria sobre l'objecte íntegre) caldria considerar que només caduca a partir del moment de la consciència de l'error (art. 1301.4 en relació al 1265 CC però modalitzat per l'institut de la suspensió de la caducitat existent a Catalunya).

Efectivament, l'art. 1301.4 CC juga només quan no intermèdia suspensió de la caducitat per força major, d'acord als arts. 122-3.1 en relació al 121-15.1 i 2 i 121-19 CCC, aplicable supletòriament a les relacions (tot i que inicialment mercantils també de consum tractant-se de consumidors i alhora minoristes, en defecte de norma general estatal específica, per a les relacions nascudes a Catalunya), i aquesta força major rauria en la invencibilitat de l'error patit al mateix moment de contractar quant a la recuperabilitat del capital per simple ordre de venda, de manera que fins que els causahavents del comprador s'adonen que no els paguen la rendibilitat i que no poden recuperar el capital per simple ordre de venda, és quan prenen consciència de l'error patit i és a partir d'aleshores que disposen dels quatre anys per a reclamar.

I, encara que no es considerés encertat aquest raonament, aleshores el perjudicat per haver comprat allò que no volia sempre podria resoldre el contracte per incompliment, en base a la doctrina *aliud pro alio* (art. 1124 CC). Estaríem aleshores en un cas de resolució i no pas de nul·litat, però amb efectes pràcticament idèntics des d'un punt de vista pràctic. Com sigui que aquí s'ha exercitat l'acció de resolució per incompliment en no haver informat sobre la veritable naturalesa de l'objecte (i haver adquirit cosa diferent de la volguda, amb prestacions parcialment diferents -irrecuperabilitat del capital, rendibilitat no garantida, etc.-), de no haver prosperat l'acció de nul·litat s'hauria d'haver admès la resolució.

No acceptaríem, per tant, tampoc la tesi de la caducitat via transcurs simplement del temps des de una consumació de venda, en cap cas (...)"

En el cas que ens ocupa l'emissió no tenia venciment determinat i, en tot cas, aquest s'ha produït només amb la conversió de les preferents en accions, el que ha succeït fa massa poc temps per a poder ni insinuar la caducitat de l'acció de nul·litat que requereix quatre anys (art. 1301.1 CC) (...)"

Aquesta és, a més, a dia d'avui, una qüestió ja decidida definitivament en el mateix sentit que defensa aquest Tribunal per la sent. TS en Ple de 12-1-2015 i per l'Acte de 1-7-2015 que inadmet una cassació de Catalunya banc SA precisament al respecte (Rec. 1600/2014).

En el nostre cas no hi ha venciment establert. Les obligacions de la demandada (Caixa Catalunya tenia el 100% del capital de l'emissora i per tant hi ha plena confusió de personalitats) s'estenen al infinit, ha de seguir pagant el dividend mentre el títol estigui en poder de l'actora. És un clar contracte de tracte successiu i, fins que l'ara actora no s'adona que s'ha incomplert, que s'ha deixat de pagar, no comença el termini de les accions de nul·litat, d'anul·lació i de resolució per incompliment.

Cinquè. El segon motiu de recurs, lligat absolutament a l'anterior, sosté que encara que s'hagi obligat l'actora a convertir les participacions preferents en accions, no ha acceptat l'oferta de recompra i per tant segueixen tenint el valor del preu de compra que va pagar per elles, insistint que les té encara que físicament estiguin custodiades al banc demandat.

S'ha d'acollir.

Certament, aquesta Sala ja ho ha manifestat en alguna ocasió, el fet que hi hagi hagut una conversió legal, aliena a la voluntat de les parts, de les participacions en accions del nou banc en resultar aquest estatalment intervingut, resulta del tot irrellevant als efectes de la legitimació activa per a postular una nul·litat absoluta per defecte o de consentiment o una nul·litat relativa per vici de consentiment. No s'ha produït cap rescat ni cap recompra realment.

Sisè. El tercer motiu de recurs insisteix que l'acció exercitada fou la de nul·litat absoluta per defecte de consentiment i no la d'error o dol causant com a vici de consentiment.

No es pot acollir.

Cert és que no hi ha rastre de la signatura de la subscripció. I, en termes absoluts, si no haguéssim d'apreciar també el conjunt de la resta de la prova, la càrrega de demostrar l'existència mateixa del contracte (art. 217 LEC), en cap de la demandada, estaria trontollant.

Però hi ha més prova desplegada que ens indica que s'han anat abonant dividendes, que s'han cobrat, que s'han alienat part de les participacions abans de que l'entitat fes *crack*.

Tot i la manca de constància de l'ordre de compra pot entendre's que tot indica de forma absolutament raonable i sense que hi hagi marge de dubte, que s'ordenà o si més no es va consentir per part de l'actora l'ordre de compra.

Si la va fer el director o el comercial mateix de l'entitat d'estalvi sense necessitat de la signatura de la clienta, cosa que mai sabrem, ho va fer dintre d'un entorn contractual d'assessorament de cartera informal o irregular. El més probable és que signés la clienta a prec del comercial després de donar-li aquest una informació insuficient, com veurem més endavant.

No podem admetre que el contracte no existís o sigui nul per manca de consentiment (art. 1261 i 1262 CC).

Setè. El quart motiu de recurs denuncia nul·litat relativa del contracte per vici del consentiment per error substancial i/o dol causant.

S'ha d'acollir.

Si bé és evident que l'actora ha estat al llarg d'aquests anys plenament conscient de que havia adquirit i tenia uns valors -que fins i tot va vendre en part- i no pas que els seus estalvis estiguessin en un fons o un compte d'estalvi, el que també està clar, del resultat de la prova i dels actes propis posteriors a

l'adquisició (venda parcial del producte), és que allò que creia era que eren o seguien essent valors realitzables al moment en realitat eren valors de renda perpetua no realitzables en Borsa sinó en un mercat secundari que, o bé mai fou operatiu -consta que l'entitat hauria venut preferents de client a client, aprofitant que en cert moment hi arribà a haver llista d'espera d'adquisició- o bé, en un moment determinat, sensiblement després de la crisi de les sub-prime i els bons bancaris, tipus Lehman Brothers, va ser d'impossible accés per pèrdua de confiança dels inversors.

L'error aquí no és quant al tipus de contractació, a haver contractat uns valors enlloc d'un dipòsit, sinó uns valors no realitzables enlloc d'uns fàcilment realitzables.

I l'error està acreditat: en primer lloc, no hi ha rastre de que s'hagués facilitat per escrit i en deguda forma (fins i tot d'acord amb la legislació anterior a la reforma de la LMV per transposició de la normativa europea MiFID) la informació franca, completa i veraç sobre la totalitat de les característiques essencials del producte, entre elles notablement el caire perpetu del venciment o l'extrema volatilitat derivada d'estar limitada la seva venda a un mercat secundari no regulat ni exactament identificat. Això va crear en la clientela una falsa representació de les seves expectatives certes de futur respecte de l'eventual alienació del producte i recuperació del capital.

En segon lloc la minsa informació rebuda verbalment va fregar el dol en magnificar solament la rendibilitat.

Les declaracions dels responsables de la subscripció no tenen valor per si soles (el legal representant de la demandada en no comparèixer està admetent els fets constitutius de l'acció, a més) en no anar recolzades per documental que demostrï allò que diuen. S'aporta el fulletó o tríptic de l'emissió però no el rebut com a prova de que li fou efectivament lliurat a l'actora.

La tesi d'aquest Tribunal ve avalada per, entre d'altres moltes, les sents. de la secc. 14a de l'AP Madrid 30-9-2014 (rec. 191/2014), secc. 4a de l'AP Balears de 15-7-2014 (Rec. 69/2014), secc. 4a de l'AP d'A Coruña de 25-6-2014 (Rec. 239/2014), secc. 3a de l'AP Guipuzkoa de 30-6-2015 (Rec. 3008/2015), secc. 1a de l'AP Barcelona de 23-3-2015 (Rec. 406/2013), secc. 21a de l'AP Madrid de 21-4-2015 (Rec. 292/2014), secc. 14a de l'AP Madrid de 20-7-2015 (Rec. 247/2015) i per la sent. TS de 16-9-2015 (Rec. 1879/2013).

Vuitè. El cinquè motiu de recurs, contradictòriament, insisteix en error en el tipus de negoci, ens parla de dipòsit a termini, i pretén limitar els efectes de l'acció a les participacions no realitzades al seu moment, conformant-se tàcitament en que fins aleshores el producte es va comportar com realitzable. I reclama el retorn dels 96.847,07 e que va invertir en les preferents que encara té i pretén compensar els interessos legals que reclama amb els rendiments assolits durant aquests anys per dites preferents.

S'ha d'acollir en part.

Com ja hem avançat més amunt, l'error rau en la liquiditat, en

la fàcil realització del producte, no en que estiguem davant d'una operació de compra de participacions preferents enlloc de davant d'una inversió consistent en una mena de dipòsit a termini.

Com sigui que, certament, l'error rau en el caràcter realitzable del producte i en la major facilitat de recuperació del capital, cal limitar els efectes de l'anul·lació a aquelles participacions que no han pogut ser realitzades com s'esperava.

La conseqüència (art. 1265 i 1266 CC i sent. TS 21-11-2012) és l'anul·lació dels efectes del contracte en relació a dites preferents no realitzables. Una nul·litat parcial, per tant.

Cada part, en conseqüència, retornarà la cosa o prestació objecte del contracte amb els seus fruits i el preu amb els seus interessos (art. 1303 CC).

Retorn, per tant, per part de l'actora de les participacions (o accions equivalents) que resten en el seu poder (dipositades al banc demandat), més la totalitat dels rendiments adquirits amb dites preferents, des de la contractació a avui. I, per part de la demandada, del preu de subscripció dels valors encara en poder de l'actora més l'interès legal de dita suma des de l'endemà de la seva adquisició fins avui. Compensant-se uns rendiments i altres en la suma concorrent.

Cal, per tant, estimar en part el recurs i revocar íntegrament la sentència d'instància i estimar substancialment la demanda inicial.

Novè. Procedeix la imposició a la part demandada les costes de la primera instància (art. 394 LEC) i no es fa imposició de les de l'alçada (art. 398 LEC).

Decisió

Estimem en part el recurs d'apel·lació interposat per la representació de la part actora contra la sentència dictada el 7 de gener de 2014 pel Jutjat de Primera Instància núm. 13 de Barcelona a les actuacions de procediment ordinari núm. 84/2013 (Rotlle núm. 317/2014) que **revoquem íntegrament**.

En conseqüència, estimem substancialment la demanda i declarem parcialment nul el contracte de subscripció de participacions preferents celebrat per les parts (circumscribida la nul·litat a les participacions que mai van poder ser venudes) i manem que es retorni, per part de l'actora, a la demandada la totalitat de les participacions (o accions equivalents) que resten en el seu poder (dipositades al banc demandat), més la totalitat dels rendiments adquirits amb dites preferents, des de la data de la seva contractació fins a avui. I, per part de la demandada, que es retorni a l'actora el preu de subscripció dels valors encara en poder de l'actora (96.847,07 €) més l'interès legal de dita suma des de la data de la seva adquisició fins a avui. Compensant-se uns rendiments i altres en la suma concorrent.

Tot això amb imposició de les costes de primera instància a la part demandada i sense imposició de les costes de l'alçada.

L'estimació parcial del recurs determina per al recurrent el retorn del dipòsit constituït per recórrer.

Així, per aquesta Sentència, ho pronuncia, mana i signa aquest Tribunal.

PUBLICACIÓ.- Aquesta Sentència ha estat llegida i publicada el mateix dia de la seva data pel/per la Magistrat/ada Ponent, i s'ha celebrat audiència pública. EN DONO FE.