

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMONOVENA

ROLLO N° 841/2015- A

Procedimiento ordinario N° 1347/2013

Juzgado Primera Instancia 33 Barcelona

S E N T E N C I A N° 134/2017

Ilmos./a. Srs./a. Magistrados/a

D. MIGUEL JULIÁN COLLADO NUÑO

D^a ASUNCIÓN CLARET CASTANY

D. JOSE MANUEL REGADERA SÁENZ

En la ciudad de Barcelona, a veintisiete de abril de 2017.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimonovena de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario 1347/2013, seguidos por el Juzgado Primera Instancia 33 Barcelona, a instancia de y contra CATALUNYA BANC SA ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte y contra la sentencia dictada en los mismos el día 27/04/2015 , por la Sra. Magistrada del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: " Se tiene por desistida a doña , representada por el Procurador de los Tribunales don y asistida por el Letrado don Oscar Serrano Castells, de la acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de la adquisición de obligaciones de deuda subordinada, en los años 2006, 2008, 2009 y 2011, instada frente a CATALUNYA BANC S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don , con expresa imposición de costas a la parte actora.

Se desestima la demanda instada por doña y , representadas por el Procurador don , frente a CATALUNYA BANC S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don , sobre nulidad de suscripción de participaciones de fondo de inversión en liquidación FONDO CX PROPIEDAD FII, y subsidiaria de incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones inherentes a este fondo, absolviendo a la demandada de todos los pedimientos de la demanda, sin expresa imposición de las costas a las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte y mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 6 de abril de 2017.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Julián Collado Nuño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de 27 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario nº 1347 /2013, tenía por desistida a de la acción de indemnización de daños y perjuicios dirigida contra CATALUNYA BANC SA a la vez que desestimaba la demanda interpuesta por y contra CATALUNYA BANC SA, absolviendo a esta de las pretensiones ejercitas sin efectuar especial imposición de las costas causadas , fundándose en la adecuada información facilitada a las demandantes sobre las características del producto financiero expresado . Frente a la indicada resolución se interpone recurso de apelación por la representación procesal de y , en la que asientan su impugnación en la errónea valoración probatoria y jurídica efectuada por la misma. Evacuado el oportuno traslado, la representación procesal de CATALUNYA BANC SA interesó la plena confirmación de aquella.

SEGUNDO. - Comprobados los términos de la controversia en esta alzada y del análisis de los presentes autos aparece como las actoras suscribieron las órdenes de compra del fondo de inversión denominado CX PROPIETAT FII cursadas el 24 de octubre de 2006, por importe de 26.000 EUR. La demandada CATALUNYA BANC SA sostiene como tan solo es la entidad depositaria y que limita su competencia a la ejecución de las ordenes de administración y disposición que emitiría CAIXA CATALUNYA GESTIO SGIIC SA, que sería la titular de la relación jurídica cuya nulidad es interesada, de lo que extrae la ausencia de legitimación pasiva a tales efectos. Si analizamos la documentación aportada en autos , correspondiente a las órdenes de suscripción de los fondos de inversión , se identifican como entidad gestora , CAIXA CATALUNYA GESTIO SGIIC SA , y como entidad depositaria , CAIXA CATALUNYA , predecesora de la actual demandada ; en la misma orden se localizan los informes anuales , semestrales , trimestrales , folleto informativo y reglamento del fondo de inversión CAIXA CATALUNYA PROPIEDAD FII en la página WEB

caixacatalunya.es ; igualmente resulta el 30 de septiembre de 2013 acordada la disolución y la liquidación del fondo de inversión denominado CX PROPIETAT FII por parte de CAIXA CATALUNYA GESTIO SGIIC SA y CAIXA CATALUNYA.

En la actualidad es el RD 83 /2015 , de 13 de febrero , de Modificación del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio que , a su vez , modificaba el RD 1309/2005 , de 4 de noviembre , la norma reguladora , debiendo destacar como su Disposición transitoria primera , relativa al régimen transitorio del régimen jurídico del depositario, determinaba como la derogación de la Orden EHA/ 596/ 2008, de 5 de marzo , por la que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del depositario de instituciones de inversión colectiva, y se concreta el contenido de los estados de posición, prevista en el apartado 2 de la disposición derogatoria única, produciría sus efectos desde la entrada en vigor de las disposiciones que apruebe la CNMV desarrollando el régimen jurídico del depositario, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 de la disposición final única incorporada al Reglamento de desarrollo de la Ley 35/ 2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Hasta dicho momento, la citada Orden Ministerial permanecería en vigor en todo aquello en que no se oponga a lo previsto en dicho Real Decreto y en la normativa de la Unión Europea aplicable. La citada Orden EHA/ 596/ 2008, de 5 de marzo, aplicable al supuesto que nos ocupa, señalaba en su art 2. Función de vigilancia y supervisión, apartado 5, como los depositarios verificarán que los procedimientos de comercialización establecidos por la sociedad gestora en documentos, tales como los manuales de comercialización, se adecuan a las previsiones que establezca la normativa que les sea de aplicación, en los casos en los que la sociedad gestora actúe como comercializadora directamente.

En estos momentos el art 136 del RD 83/2015 establece como la responsabilidad del depositario podrá ser reclamada por los partícipes bien de forma directa, bien indirectamente a través de

la sociedad gestora y como el depositario responderá de la pérdida de los instrumentos custodiados salvo que pueda probar que la misma se ha producido como consecuencia de un acontecimiento externo que escape al control razonable, cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos realizados por parte del depositario para solventarlas . Se incluye igualmente la previsión sobre actuaciones de información sobre riesgos significativos detectados y de decisión directa sobre las medidas oportunas para prevenir o mitigar la pérdida de instrumentos financieros en custodia, llegando a la posibilidad de rescisión del contrato y de solicitar su sustitución de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre. Aun cuando las circunstancias de vigencia de dicha normativa ya han sido resaltadas se ha de poner en directa relación con el contenido del art 62 de la misma Ley 35/2003, de 4 de noviembre , de Instituciones de Inversión Colectiva , cuando establece que los depositarios actuarán siempre de manera independiente y en interés de los inversores de las IIC, debiendo cumplir todas sus obligaciones con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal , e igualmente que los depositarios serán responsables frente a los partícipes o accionistas de todos los perjuicios que les causen por incumplimiento intencionado o por negligencia de sus obligaciones legales , incluyendo la obligación de exigir a la sociedad gestora responsabilidad en el ejercicio de sus funciones en nombre de los partícipes . En tales términos y en adecuada interpretación tanto de la normativa expresada como de la correspondiente a la protección de los consumidores es por lo que entendemos que la demandada CATALUNYA BANC SA posee legitimación pasiva en relación con las acciones entabladas, en el mismo sentido que expresa la resolución de instancia.

TERCERO. - Pasando, en consecuencia, a analizar la acción de nulidad por vicio en el consentimiento determinado por la defectuosa información facilitada por la demandada; esta manifiesta, con razón, las diferencias existentes entre un fondo de inversión y otros productos financieros como pudieran ser participaciones preferentes u obligaciones subordinadas emitidas por la misma entidad. Aquel no correspondería, en principio, a un producto

financiero derivado y complejo en cuanto se articula como un producto de inversión colectiva como canal natural para la participación de particulares en los mercados de capitales. La Ley 35/2003 destaca en su exposición de motivos, no obstante, entre las prioridades de su regulación, tanto la eficiencia en la asignación del ahorro a las oportunidades de inversión y en la gestión de riesgos como la protección a los inversores menos informados. Así nos encontraríamos ante una Institución de Inversión Colectiva titular de un patrimonio inmobiliario obtenido a partir de las aportaciones realizadas por sus partícipes, y cuya administración o disposición la ostenta una Sociedad gestora supervisada por un Depositario. En cuanto al cauce jurídico que determina la relación entre el partícipe y el Fondo, ésta se establece en virtud de un contrato complejo de inversión colectiva por el cual el partícipe se obliga al desembolso de su participación, en dinero o excepcionalmente en especie, y el Fondo se obliga a satisfacer sus derechos a la participación en los beneficios y al reembolso de la participación, dentro de los límites establecidos en el Reglamento de gestión del Fondo y en la normativa reguladora del mismo.

Para la suscripción del contrato, los artículos 17 y 18 de la Ley 35/2003 obligaban a la sociedad gestora a una minuciosa información tanto precontractual como contractual; que debía incluir el denominado folleto simplificado, el último informe semestral y, previa solicitud, el folleto completo y los últimos informes anual y trimestrales publicados. Esta información debía abarcar tanto contenido sobre el Fondo como sobre sus objetivos, su política de inversión, evaluación del perfil de riesgo, evolución histórica de su rentabilidad, perfil del tipo de inversor al que va dirigida la institución y otras informaciones de carácter económico y comercial, todo lo cual habría de permitir la decisión fundada sobre la suscripción de una participación en el Fondo. Hemos de destacar como las omisiones o defectos de esta información, conforme al artículo 28 de la Ley del Mercado de Valores, impedirían a la entidad emisora, frente al inversor de buena fe, su alegación justificativa y como, durante la vigencia del contrato, la gestora mantenía su obligación de seguir informando, de modo semejante al

mandatario, de su actuación mediante cuatro informes trimestrales, uno semestral y otro anual.

De otro lado y atendidas las características de un fondo de inversión cuyo objeto son inmuebles, deben preverse en el Reglamento de Gestión de cada Fondo los plazos periódicos en los que los partícipes pueden solicitar el reembolso, sin que, en ningún caso, pudieran ser superiores al año, así como las condiciones de ejercicio de este derecho. Igualmente, el art 36 de la Ley 35/2003 fija las normas de inversión, de manera que las Instituciones de Inversión Inmobiliaria Colectiva han de cumplir los criterios de valoración de los bienes y derechos en los que inviertan, de manera que respeten el coeficiente de liquidez que garantice suficientemente el cumplimiento del régimen de reembolso así como de diversificación del riesgo que limiten la inversión en un solo inmueble así como el arrendamiento de bienes inmuebles a entidades de un mismo grupo. El Artículo 38 de la Ley establece, para los Fondos de inversión inmobiliaria, la obligación de fijar el valor liquidativo, al menos, mensualmente, permitiendo a los partícipes suscribir o solicitar el reembolso de sus participaciones, al menos, una vez al año; mismo plazo y cadencia que se prevé igualmente para la tasación del patrimonio inmobiliario por una sociedad especializada de las previstas en la legislación del mercado hipotecario. Ya hemos señalado antes que la entidad depositaria tiene la obligación supervisar y vigilar la actuación de la entidad gestora y, en concreto, comprobar que la gestora haya respetado los coeficientes y criterios de inversión previstos en la ley, así como controlar que el cálculo del valor liquidativo haya sido realizado correctamente, contrastando igualmente la calidad y suficiencia de la información, documentación y publicidad remitida a la CNMV.

CUARTO.- Sobre esta base y antes de examinar la acción asentada en el vicio de consentimiento motivado por la defectuosa información recibida, debemos señalar como, en referencia a la caducidad alegada por la apelada por el transcurso del plazo de 4 años desde la consumación del contrato previsto en el artículo 1301 CC, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de

2015 ha examinado la cuestión relativa al cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento destacando la diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales de finales del siglo XIX con las actuales , y como estas pueden provocar con más facilidad el error en el consentimiento, atendido el contenido de los contratos bancarios, financieros y de inversión presentes . Es así que, en estos casos, 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 solicitud de la liquidación, 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.

QUINTO.- De otro lado, ya hemos expresado en otros casos como la procedencia de la declaración de nulidad de un contrato por error invalidante del consentimiento precisa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil, que dicho error recaiga "sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo." Además, la jurisprudencia ha venido exigiendo que el error sea excusable, esto es, que no sea imputable a quien lo padece. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en sus Sentencias de 21 de noviembre de 2012, de 12 de noviembre de 2010 y de 17 de febrero de 2005. De esta manera los requisitos que han de concurrir para la declaración de nulidad de un contrato por error en el consentimiento serán: 1) que exista error en el consentimiento; 2) que éste sea esencial; y 3) que el error sea excusable. El Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012, ha señalado como hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, sentencias de 21 de mayo de 1997 y de 12 de noviembre de 2010; esto es, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Este error sería esencial si recayera en el riesgo asumido con los productos adquiridos y sobre las características de los mismos.

Sobre la condición de las demandantes en el supuesto que nos ocupa, sería la de clientes minoristas, lo que no es negado por la demandada; ello impide la presunción de que contaran con la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Si a ello unimos la naturaleza del producto contratado, se exigiría una exhaustiva información tanto precontractual como contractual correspondiente a la documentación, folleto e informes que antes hemos enumerado ; y que debía abarcar tanto contenido sobre el Fondo como sobre sus objetivos, su política

de inversión , evaluación del perfil de riesgo , evolución histórica de su rentabilidad, perfil del tipo de inversor al que va dirigida la institución y otras informaciones de carácter económico y comercial; también hemos destacado ya como dicha obligación de información se prolonga durante la vigencia del contrato mediante los informes preceptivos . No se cuestiona la información documental que ha sido aportada en autos ; tampoco el modelo periódico de solicitud de reembolso ni las condiciones de ejercicio de este , si bien , en relación con las menciones preconfiguradas e incluidas en la documentación contractual o precontractual , la doctrina establecida por el Tribunal Supremo , en sentencia de 12 de enero de 2015, con mención de la de 18 de abril de 2013 , en relación con supuestos tales como : “ ... he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...” ; “... declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo ...” ; concluye que se refieren a menciones predispuestas por la entidad ofertante , que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

Considera así el Tribunal Supremo que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, 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, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del profesional. Sobre esta base hemos de entender insuficiente la información facilitada en los términos que venimos

contemplando, así la documentación suscrita por la actora no determina que fuera asimilada y contenida en el acto de la firma, en concreto en el aspecto relativo a la posibilidad de pérdida de la inversión, lo cual, de otro lado, parecería garantizada por la obligación contenida en el art 36 de la Ley 35/2003 de respeto del coeficiente de liquidez en garantía del cumplimiento del régimen de reembolso así como la comunicación mensual del valor liquidativo. También hemos dicho que el simple 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 con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. 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 de las participaciones en el fondo y expresamente sobre la posibilidad de pérdida de la inversión.

En este sentido debemos concluir que CATALUNYA BANC SA no ha justificado que se proporcionara a los actores la necesaria información sobre las consecuencias y riesgos de la operación efectuada; siendo así que además de a la entidad gestora también la entidad depositaria tiene la obligación de supervisar y vigilar la actuación de aquella y, en concreto, comprobar tanto que la gestora ha respetado los coeficientes y criterios de inversión previstos en la ley como controlar que el cálculo del valor liquidativo ha sido realizado correctamente y contrastar la calidad y suficiencia de la información, documentación y publicidad remitida a la CNMV. En tales términos la información no alcanzó las posibilidades de pérdida de la inversión en los términos expresados sin que tampoco se pueda presumir este conocimiento en el inversor, todo lo cual nos ha de llevar a la conclusión de atribuir un error vicio invalidante del consentimiento en los términos que hemos expresado. Destacar que a lo anterior el mismo testimonio del empleado de la demandada señalaba como en el momento de la suscripción del producto le parecía impensable que se pudiera producir una pérdida de la inversión lo que abundaría en aquella consideración; error que

debe considerarse esencial y excusable ante el conocimiento incompleto de las circunstancias principales del producto adquirido y del riesgo asumido en los términos que resultan de la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 24 de enero de 2014, cuando señala: "... Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente...".

SEXTO.- Consecuencia obligada de lo anterior será la estimación de la demanda formulada en relación con la declaración de la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones del FONDO DE INVERSION CX PROPIETAT FII descritos en la demanda; de esta manera, todas sus consecuencias quedan sin efecto y la devolución recíproca de lo que fue objeto del contrato resulta obligada, conforme al artículo 1303 del Código Civil, sin ser requerida, siquiera, petición de parte, sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2006. Sobre las cantidades afectadas habrán de aplicarse los intereses legales correspondientes, en cuanto, como señala el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de noviembre de 2011, los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación y que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1108 del Código Civil, si la obligación tuviera por objeto la entrega de una cantidad de dinero, la indemnización de los daños y perjuicios consistirá en el abono de los intereses convenidos o, en su caso, de los legales.

SÉPTIMO. - Finalmente y considerada la estimación del recurso entablado, las costas de esta alzada no habrán de ser impuestas a parte alguna del mismo modo que las correspondientes a la

instancia, en el sentido expresado por la resolución de instancia, arts. 394 y 398 LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de y contra la Sentencia de 27 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario nº 1347 /2013, de los que el presente Rollo dimana, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la indicada resolución y, en su lugar, estimando la demanda interpuesta por y contra CATALUNYA BANC SA, debemos declarar y declaramos la nulidad de los contratos de los contratos de adquisición de participaciones del FONDO DE INVERSION CX PROPIETAT FII descritos en la demanda, condenando a CATALUNYA BANC SA a proceder a la restitución íntegra del precio abonado por la contratación de todos los productos más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra, debiendo proceder los actores a la devolución a la demandada de las participaciones en el Fondo de Inversión Inmobiliaria suscritas. Todo ello sin imposición a parte alguna de las costas de la alzada ni de las relativas a la instancia.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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