

Letrado: MONTSERRAT SERRANO BARTOLOME
Su Ref.:
Cliente:
Contra: CATALUNYA BANC, SA
Mi Ref.: A126928

PEDRO MORATAL SENDRA

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

Alfambra, 14, 6º 1ª
Tel.: 93.206.36.64
Fax: 93.205.42.77
08034 - BARCELONA

NOTIFICADO 04/06/13

Juzgado Primera Instancia 33 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona

TEL.: 935549433
FAX: 93-554 95 33
N.I.G.: 08019 - 42 - 1 - 2012 - 8291558

Procedimiento Juicio verbal

OBJETO DEL JUICIO : Civil

Parte demandante

Procurador PEDRO MORATAL SENDRA

Parte demandada CATALUNYA BANC SA

Procurador ANTONIO Mª DE ANZIZU FUREST

SENTENCIA Nº 102/13

Magistrada Jueza: Monica Alcaide Carrillo

Lugar: Barcelona

Fecha: 29 de mayo de 2013

Vistos por SSª doña Mónica Alcaide Carrillo, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia Número 33 de Barcelona, los autos de juicio verbal número 1491/2012, instados por **DOÑA**, representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Moratal Sendra y asistido por la Letrada doña Montserrat Serrano Bartolomé, frente a **CATALUNYA BANC, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio María Anzizu Furest y asistido por el Letrado don

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada presentación procesal de la actora se interpone demanda de juicio verbal en fecha 5 de diciembre de 2012, frente a la demandada, en la que, expuestos los hechos y alegados los fundamentos jurídicos en que basa su pretensión, termina por suplicar del Juzgado se dicte sentencia por la que: 1) Se declare la nulidad del contrato de fecha 14 de febrero de 2011, para la adquisición de participaciones preferentes Serie A, de la Caixa Catalunya PREFERENCIAL INSSANCE LIMITED, a que se refieren los hechos primero y tercero de la demanda, y se condene a la demandada a reintegrar a la actora la cantidad de 5.000 euros más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorados en las remuneraciones percibidas por la actora; y 2) Subsidiariamente, se declare de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1124 del CC, la resolución de dicho contrato por incumplimiento por parte de Catalunya Banc, S.A, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del producto objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma y como consecuencia de ello, se condene a pagar a Catalunya Banc, S.A, en concepto de indemnización la cantidad de 5.000 euros, más los intereses legales de la suma desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma minorados en las remuneraciones recibidas por la actora.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda, correspondió a este Juzgado,

dictándose Decreto por el que se admite a trámite con sus documentos y copias, siendo citadas las partes para la celebración del acto del juicio, que se señaló el día 28 de mayo de 2013, a las 11.30 horas.

TERCERO.- Al acto del juicio asistieron ambas partes debidamente representadas y asistidas por Procuradores y Letrados respectivamente. En dicho acto la parte actora se afirmó y ratificó en su escrito de demanda. La parte demandada se opone a las acciones deducidas en su contra, solicitando la íntegra desestimación de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora. Fijados los hechos controvertidos, cada parte propuso los medios de prueba que estimó convenientes. La parte actora, interesó la práctica de los siguientes medios probatorios: a) documental consistente en que se tuvieran por reproducidos los documentos adjuntos al escrito de demanda; b) documental que fue solicitada como prueba anticipada en el acto de la vista; c) testifical de doña [redacted], y d) testifical de doña [redacted].

La parte demandada interesó la práctica de los siguientes medios probatorios: a) documental consistente en la orden de suscripción y documentos relacionados adjuntos al escrito de demanda; b) documental que aportó al acto de la vista; c) interrogatorio de la parte actora; d) testifical de doña [redacted] y e) testifical de doña [redacted].

Practicada la prueba con el resultado que obra en soporte audiovisual preceptivo, se concedió la palabra a las partes para que realizaran breves conclusiones en conformidad con lo prevenido en el artículo 184.5 de la LEC, declarándose a continuación finalizado el acto del juicio y visto para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han seguido los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de doña [redacted], se formula demanda contra CATALUNYA BANC, S.A., en ejercicio de la acción de nulidad absoluta o radical del "contrato denominado de adquisición de participaciones preferentes Serie A, CATALUNYACAIXA PREFERENTIAL ISSUANCE LIMITED" suscrito entre las partes, en fecha 14 de febrero de 2011, por entender que vulneró las normas imperativas de protección de los inversores y, en concreto los artículos 78, 79 y concordantes de la LMV (ley 47/2007, que entró en vigor en diciembre de 2007 y que traspuso las Directivas MIFID) y el RD 629/1993, de 3 mayo, que establece en su anexo el Código de Conducta en los Mercados de Valores, lo que determina la nulidad del contrato ex art. 6.3 C.C. De forma subsidiaria y para el caso de que no se estime la nulidad radical invocada, se solicita se declare la "nulidad" del contrato por no concurrir consentimiento válido, invocándose, la existencia de error en el consentimiento, ex art. 1265 C.C. Y todo ello con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, debiendo la entidad bancaria reintegrar el nominal que le entregó la demandante, junto con los intereses legales, minorados en las retribuciones que hubiera percibido la actora.

Finalmente y para el caso de que no se estimaran las anteriores acciones, se insta la resolución del contrato, en conformidad con lo prevenido en los artículos 1124 y 1101 del CC, como consecuencia del incumplimiento por parte de la demandada del deber exigible de información tanto durante el momento de celebrar el contrato como con posterioridad durante la pendencia del mismo, incurriendo igualmente el incumplimiento de su obligación de transparencia, tal y como resulta incuestionable por la falta de información adecuada respecto a los riesgos del producto adquirido, así como a virtud de la recomendación de un producto inadecuado para la actora, que por su

condición de minorista y su perfil conservador buscaba la seguridad de sus ahorros.

La entidad demandada, CATALUNYA BANC, S.A., se opone a la anterior pretensión argumentando:

1.- Inexistencia de infracción de la normativa del mercado de valores: la entidad bancaria ofreció la información y la documentación precisa para que el cliente comprendiera las características y riesgos del producto que contrataba y valorara si se ajustaba a sus intereses y expectativas. En este sentido se defiende que a la actora se le facilitó información detallada y verbal por parte de la persona que la asistió desde la entidad. En segundo lugar, se alude a la entrega de un folleto y un tríptico que le fue entregado a la actora antes de la suscripción del contrato. En tercer lugar se defiende la claridad en cuanto a que se trata de un producto con riesgo elevado que se desprende de la propia orden de adquisición de participaciones preferentes que se adjunta por la actora. A su vez, consta acreditado que por la entidad demandada se procedió a la práctica de test de idoneidad, tratándose de una persona con estudios secundarios, que además era titular con anterioridad de productos similares.

2.- Se defiende igualmente que la demandada no realizó ningún tipo de actividad de asesoramiento como se desprende de la inexistencia de encargo al efecto, documentado por escrito.

3.- La demandada actuó únicamente como mandataria o intermediaria limitándose a cumplir de forma diligente las órdenes recibidas por la actora.

4.- El producto era adecuado a los intereses de la actora en el momento de su suscripción.

5.- Improcedencia de la declaración de nulidad del contrato por vicios del consentimiento. La inexistencia de vicio del consentimiento, invocando la reiterada doctrina jurisprudencial que expresa que la concurrencia de error en el consentimiento del contratante ha de interpretarse de forma restrictiva, excepcional y exige una cumplida prueba y que debe ser excusable y en el caso que nos ocupa dicho error es inexcusable toda vez que la demandada tenía conocimiento del producto adquirido y además, como se había indicado ya era concedora de productos similares.

6.- Finalmente y en lo que atañe a la acción de resolución del contrato, se insiste por la parte demandada que es una mera mandataria y que por tanto no es parte en el contrato de compraventa de las preferentes que corresponden a otra entidad, que además cotizan en el mercado secundario de bolsa desconociéndose actualmente la titularidad de las mismas, sin que además ninguna negligencia pueda imputársele en su actuación como intermediaria o mandataria.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen de la prueba practicada y, por tanto, de establecer los hechos probados objeto del litigio, es conveniente hacer ciertas consideraciones sobre la clase de producto que la demandante suscribió, y acerca de la normativa aplicable a este tipo de operaciones, circunstancias que incidirán de manera notable en el análisis de las pretensiones entabladas en la demanda.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 4 de abril de 2013, describe de forma detallada las características de las **participaciones preferentes**:

"La participación preferente se regula en la *disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión*, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el *art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de*

abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente.

La participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Superficialmente parece responder a un valor de deuda por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex arts. 401 y ss. LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

En realidad se trata de productos complejos, volátiles, a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas", y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuota partícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio).

Otro aspecto que añade complejidad al concepto es la vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución sino que, bien al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado ante la falta de demanda.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo como alega la parte demandada. Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurren las siguientes tres condiciones: (i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a

disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

La participación preferente es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos".

Por su parte la *sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, de 30 de enero de 2013, con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de febrero de 2012*, indica lo siguiente:

*"Cabe tener en cuenta que las **participaciones preferentes** constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión...".*

Tales características inciden directamente en las obligaciones de información y asesoramiento que deben observar las entidades que comercialicen el producto, muy especialmente cuando el mismo sea suscrito por un consumidor. Así, la *antecedida sentencia de la Audiencia de Pontevedra de 4 de abril de 2013*, tras realizar la descripción de las participaciones preferentes transcrita, puntualiza:

"La consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas. La empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir determinadas obligaciones, y entre ellas, por lo que ahora interesa, una obligación de información imparcial, clara y no engañosa.

Deber de información reduplicado cuando de consumidores y usuarios se trata, como es el caso. Consumidores minoristas, según lo dispuesto ya en el *art. 13 Ley 26/1984, de 19 de julio*, para la defensa de los consumidores y usuarios, o en su Texto Refundido aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 60*, debe existir una información previa al contrato, relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Información comprensible y adaptada a las circunstancias".

Tal obligación de información clara, completa y adaptada a las circunstancias de cada inversor se convierte en pieza clave para el enjuiciamiento del caso.

Así lo destaca, en el ámbito de la *Audiencia Provincial de Valencia, la sentencia de la sección 6ª de 12 de julio de 2012*:

"Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las

empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) *proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive).*

La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7)".

Finalmente, y para completar la aproximación preliminar al objeto del procedimiento, no hay que pasar por alto que la situación descrita conlleva una inversión de la carga probatoria, de forma que la entidad financiera sujeta al cumplimiento de las mencionadas obligaciones es la parte que habrá de demostrar su diligente actuación en las operaciones realizadas, más aún cuando estamos ante productos adquiridos por consumidores. Así lo recuerda la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia:

"En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la *STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005* en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplazar su eficacia en las diferentes fases del mismo.

En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o

servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la *Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación*, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses".

TERCERO.- FALTA DE LEGITIMACION PASIVA DE LA DEMANDADA

Sobre el resultado anteriormente expuesto deben proyectarse las pretensiones entabladas por la parte actora, que serán analizadas según el orden que la misma establece. Ahora bien, con carácter previo conviene despejar las dudas que acerca de la legitimación pasiva de la entidad demandada parece arrojar la misma cuando alega que su intervención en la suscripción de estas participaciones tuvo lugar con la mera condición de intermediario.

Es cierto que la orden de compra de participaciones preferentes que es suscrita el 14 de febrero de 2011 (documento 1 b)) y en el Contrato de Custodia y Administración de Valores se hace constar en el apartado Denominación: "Participaciones Preferentes Serie A Catalunya Preferential Issuance Limited", y que en el folleto informativo que se adjuntó como documento uno bis por la demandada en el acto del juicio, se hace referencia en la portada: Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited", Emisión de participaciones Preferentes Serie A. Asimismo en el meritado folleto informativo se hace constar como emisor de las participaciones preferentes a la entidad Catalunya Preferential Issuance Limited, respecto a la que hay que destacar que su domicilio social se encuentra en las Islas Caimán, siendo de aplicación las leyes de dichas Islas. En el mismo sentido en el folleto resumen "Terminos y condiciones Principales de la Emisión", aportado por la demandada como documento bis II, se hace constar lo siguiente: "Emisor: Caixa Catalunya Preferential Issuance LTD", Garante: Caixa Catalunya",

Ahora bien, es preciso tener en cuenta los siguientes datos: 1) Todos los documentos examinados, tienen un visible encabezamiento o logotipo de la entidad Caixa Catalunya; 2.-) No consta acreditado que la actora recibiera ni el folleto informativo ni el tríptico; relativo a las participaciones preferentes; 3.-) Los documentos que conforman el contrato, que se encuentran en poder de la actora y que se adjuntan como documentos 1 a, b, c, están suscritos y emitidos por la demandada; 4.-) Tal y como se expresa en el folleto informativo, en el documento de emisiones de participaciones preferentes y en concreto en el documento 3 aportado por la demanda junto al escrito de fecha 8 de mayo de 2013, se hace constar expresamente que la entidad Caixa Catalunya Preferential Issuance LTD, es una sociedad filial al 100% de la demandada, que computa como recursos propios y otorga a sus titulares el derecho a percibir un rendimiento periódico. Continuando con el análisis del meritado documento 3, si se analiza el apartado observaciones, en él se vuelve a insistir que respecto al apartado "Emissor", Caixa Catalunya Preferential Issuance, LTD, filial al 100% de la demandada, creada a fin de emitir este tipo de títulos. Las participaciones preferentes cuentan con la garantía de CX. y 5) En el apartado del meritado documento 3, concretamente bajo el epígrafe "L'Emissor", se hace constar que la sociedad emisora es una filial al 100% de Caixa Catalunya (actualmente la demandada), constituida el día 21 de junio de 1999, de acuerdo con las leyes de las Islas Caimán. Su actividad principal es la de servir de vehículo de financiamiento para la Caixa Catalunya (Catalunya Banc),

y su grupo mediante la emisión de valores similares a los que se describen en este documento. Caixa Catalunya (actualmente la demandada), se compromete a mantener la titularidad, de manera directa o indirecta del 100% de la sociedad emisora. De todo ello se deduce clara y contundentemente que Caixa Catalunya Preferential Issuance, LTD, es una sociedad instrumental de la hoy Catalunya Banc, lo que revela la directa vinculación entre ambas sociedades y transmite la percepción de integración en una única entidad.

Todo ello permite afirmar que la entidad demandada- ha actuado en todo momento frente al demandante como sujeto único de las operaciones efectuadas, lo que unido a la directa vinculación entre la misma y la entidad emisora de las participaciones y al desconocimiento de la persona que las vendió al demandante - imputable tan sólo a la parte demandada, -, permite atribuir a la demandada plena legitimación pasiva en cuanto a las acciones entabladas.

CUARTO: HECHOS PROBADOS.- Examinada con detenimiento la prueba documental obrante en autos, resulta que:

1.- Doña _____, suscribió en fecha 14 de febrero de 2011, documento de orden de adquisición o compra de participaciones preferentes, denominadas Participaciones Preferentes Serie A Catalunya Caixa Preferential Issuance LTD, con un importe nominal de 5.000 euros, a razón de 1.000 euros por cada uno de os títulos.

En el meritado documento se hacen constar las siguientes referencias:

Perfil Valor: Agresivo.

Definición del perfil del producto: Productos indicados para inversores que buscan rentabilidad de la renta variable con un horizonte superior a 5 años y estén dispuestos a sumir disposiciones a corto plazo de la inversión y mayores volatilidades.

A continuación se hacen constar los datos ya expuestos anteriormente en cuanto al nominal, número de valores y precio, añadiéndose CAMBIO LÍMITE EX-CUPÓN 100%

El siguiente párrafo resulta ilegible por la copia facilitada, y el penúltimo de los párrafos, establece: " *Gastos de operación comisión a favor de la entidad por operaciones en otros mercados organizados según tarifas a disposición del ordenante.*

Los efectos de la normativa sobre protección de inversores en instrumentos financieros. La inversión resulta adecuada de acuerdo con el resultado del test de conveniencia. El cliente declara que ha recibido el resumen de políticas de Catalunya Caixa y está conforme con ellas".

2.- Junto con la meritada orden de compra de participaciones, se adjunta un contrato de condiciones particulares y generales relativas a la custodia y administración de valores, en el que en modo alguno consta la advertencia ni de la forma en que funciona el producto adquirido, ni el riesgo, ni su carácter perpétuo, que no ilíquido

3.- Asimismo consta en autos, la realización de un test de conveniencia que consta firmado por la Sra.

Dicho test consta de una serie de preguntas preredactadas, en las que se hace constar, tras las preguntas supuestamente cumplimentadas a virtud de las respuestas facilitadas por la actora, que el resultado del mismo es que la actora TIENE UN

CONOCIMIENTO FINANCIERO AVANZADO, El cliente tiene el conocimiento y experiencia inversora suficiente para contratar productos de ahorro inversión, incluidos aquellos con riesgo de rentabilidad y capital.

En cuanto a las preguntas que se recogen en este cuestionario, están relacionadas con el nivel de estudio de la actora, consignándose que tiene estudios secundarios, que nunca ha trabajado en el sector financiero, que había invertido en los dos años anteriores en productos de riesgo de rentabilidad, y que conoce y entiende las características del riesgo y que es consciente del riesgo del producto y ha recibido la información.

4.- Tras la suscripción de la orden de adquisición de participaciones se hizo entrega a la actora de una libreta que se aporta como documento 1 de la demanda.

5.- Tal y como consta acreditado en el acto del juicio, la Sra. , es dependiente en una carnicería, manifestando que los únicos estudios que tienen son los primarios, habiendo finalizado su formación o educación a los trece años. Esto es, cuenta con los estudios básicos (antes Enseñanza General Básica).

6.- De acuerdo con los documentos aportados por la demandada, tanto junto al escrito de ocho de mayo de dos mil trece como el documento 4 aportado al acto del juicio, consta que la actora había sido titular de dos cuentas, de una tarjeta visa classic. En el apartado de productos sin riesgo, se especifica que era titular de dos cuentas multitermini, y en el apartado de operaciones con riesgo, consta un depósito que es posterior a la fecha de suscripción del contrato de referencia, y títulos valores que fueron adquiridos o suscritos en fecha 20 de febrero de 2003.

7.- La actora expuso y no se ha negado de contrario, que era cliente de la entidad demandada desde hacía años. Y que en relación a la orden de adquisición de preferentes, puso de manifiesto que disponía de la cantidad de 5.000 euros, que estaban destinadas a la realización de una operación de rodilla de su esposo, siendo atrasada la intervención quirúrgica, motivo por el que se dirigió a su entidad bancaria de confianza donde le ofrecieron la suscripción de este producto, que desconoce totalmente, si bien insiste en todo momento en que creía que era un plazo fijo que podía sacar en cualquier momento.

8.- Se aportan por la parte demandada, dos documentos consistentes en folleto explicativo y otro, que lleva por nombre "1ª emisión de participaciones preferentes (Serie A), no constando que ninguno de ellos fuera firmado por la actora.

Analizando el folleto informativo, consta de Siete Capítulos, donde se exponen las características de la emisión de participaciones preferentes, la descripción de las participaciones serie a, el importe nominal de la emisión, las comisiones y gastos para el suscriptor, el dividendo, régimen de la subasta, precio de amortización, información relativa a las condiciones de conversión en el caso de obligaciones convertibles en acciones del emisor, emisor y su capital, las actividades principales del emisor, el patrimonio de la situación financiera y los resultados del emisor, la administración y el control del emisor, la evolución reciente y perspectivas del emisor y anexos:

Entrando en el concepto de la descripción de las participaciones preferentes objeto de este procedimiento, se definen en la página 4 de la siguiente forma: Los valores objeto de la presente emisión son Participaciones Preferentes Serie A, emitidas por CCPI, LTD. El término de participaciones preferentes, es una traducción al castellano del término anglosajón " preference share", y hace referencia a un instrumento jurídico muy utilizado en los mercados internacionales de capitales para la

captación de fondos. Las participaciones preferentes forman parte del capital social del Emisor, pero otorgan a los titulares unos derechos sensiblemente diferentes a los correspondientes a las acciones ordinarias. Al estar emitidas por una sociedad de las Islas Caimán, las relaciones jurídicas entre los titulares de las Participaciones Preferentes Serie A y Caixa Catalunya Preferential Issuance LTD, se rigen por el Derecho de las Islas Caimán.

En el apartado Derechos que otorgan las participaciones preferentes, se hace referencia, de un lado, a dividendos, derechos políticos, derecho de suscripción preferente, y se hace referencia, a su carácter perpétuo, en el sentido de que no tienen vencimiento, añadiéndose que ello sin perjuicio de que el emisor este facultado para acordar la amortización de las participaciones a partir del quinto año desde su fecha de desembolso.

Se recoge un cuadro las diferencias entre las participaciones preferentes y otros valores negociables. Los términos y condiciones principales de la emisión de estas participaciones, en el que se consigna los dividendos, pagos de dividendos, derechos políticos del emisor, garante suscripción preferente.

También se redacta un apartado, 5.1. que lleva como rúbrica " Riesgo de no percepción de dividendos" en el que se indica:

La declaración y pago del dividendo en cada periodo trimestral de dividendo estará condicionado a (i) que la suma de dividendos pagados a todas las Preference Share, emitidas por el emisor, y a todas las demás preference shares emitidas, en su caso, por filiales de Caixa Catalunya durante el ejercicio en curso, junto con los dividendos que se pretenda satisfacer respecto de dichos valores en el trimestre natural en curso, no superen el Beneficio Distribuible (tomando, a estos efectos, el menor del beneficio distribuible de la Caixa Catalunya o del Grupo Caixa Catalunya) del ejercicio anterior; y (ii) a las limitaciones impuestas por la normativa bancaria sobre recursos propios.

No obstante los titulares de participaciones preferentes Serie A, tendrán derecho a percibir un dividendo parcial hasta el límite que, de acuerdo con los cálculos que resulten del apartado anterior, fuere posible. En el supuesto parcial, los dividendos sobre participaciones preferentes serie A y otras equiparables, se declararán a prorrata, de forma que el porcentaje de los dividendos pagados sobre los debidos para cada participación preferente u otras equiparables del Emisor o de cualquier otra filial del Grupo Caixa Catalunya se fijarán en proporción a los valores nominales de cada una de ellas. En consecuencia, el importe que por dividendos percibirán los titulares de participaciones preferentes Serie A, estará en función, en este supuesto, del importe total de preference shares en circulación en el momento del pago.

Si en alguna fecha de pago de los dividendos, estos no fuesen declarados por el Emisor en todo o en parte por darse alguna de las circunstancias anteriores, los titulares de participaciones preferentes Serie A perderán el derecho a recibir el dividendo correspondiente a dicho periodo y ni el emisor ni el garante tendrán obligación alguna de pagar ningún dividendo respecto de dicho periodo de dividendo ni de pagar intereses sobre el mismo, con independencia de que se declaren o no dividendos respecto de las Participaciones Preferentes Serie A en cualquier periodo de dividendo futuro.

De acuerdo con lo expuesto en el apartado 2.4.1.2.2. B) 2 del presente folleto, se hace constar la capacidad ilimitada de Caixa Catalunya Preferential Issuance LTD, o cualquier otra filial del Grupo Caixa Catalunya idónea para emitir preference shares que se sitúen apri passu con las participaciones Serie A, así como que Caixa Catalunya no

tiene límite alguno de solicitar del Banco de España la calificación de las nuevas preference shares a emitir como recursos propios de primera categoría del Grupo Consolidado Caixa Catalunya.

Finalmente se hace cosntar que, según el balance cerrado a 31 de diciembre de 1998, de Caixa Catalunya, la Emisión de las Participaciones Preferentes Serie A, supone el 12,03%, de los recursos propios básicos del grupo consolidado Caixa Catalunya.

El apartado 5.2, y en lo que respecta a la posible advertencia de riesgo de liquidez o pérdidas (percibir por debajo del nominal), tras la redacción del apartado anterior, que basta con su lectura para que de forma obvia pueda considerarse que resulta incomprensible para cualquier persona de los estudios y preparación financiera de la parte actora, e incluso para esta Juzgadora, señala que "según se describe en el apartado 2.4.1.2.1 posterior, la liquidación de la Emisión en este supuesto no garantiza necesariamente a los titulares de las Participaciones Preferentes Serie A, la percepción del 100% de la cuota de liquidación correspondientes a las mismas (equivalente a su valor nominal)".

Se alude además que dichas participaciones ocuparían el "último lugar en la prelación de créditos" en el supuesto de reducción de fondos propios de Caixa Catalunya.

El apartado **5.3 Riesgo de amortización anticipada por el Emisor**, señala: "***El emisor podrá amortizar total o parcialmente la Emisión deen cualquier momento a partir del quinto año desde la fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España y del Garante***".

El apartado **5.4 Riesgo de Mercado**.- Establece literalmente : "*Al quedar admitida la presente Emision en el Mercado AIAF, de Renta Fija, el precio de cotización de las Participaciones Preferentes Serie A, podrá evolucionar favorable o desfavorablemente en función de las condiciones del mercado puediendo llegar a situarse eventualmente en niveles inferiores a su precio de amortización. No obstante lo anterior, el tipo de dividendo pagadero en relación con las participaciones preferentes serie A, se establece trimestralmente como el Euribor a tres meses incrementado en 0,10 puntos (sin perjuicio del dividendo mínimo del 4% (4,06% TAE), y mantenido en los 3 primeros años de la vida de la emisión, ajustándose a los tipos de interés imperantes en el mercado, por lo que las eventuales oscilaciones de su precio de cotización deberían quedar minoradas*".

En el Capítulo III, y en lo que atañe a la posible información facilitada al adquirente de participaciones preferentes que obtiene mediante el folleto de referencia, se describen en el apartado 2.4.1.2.1. los Derechos Económicos, a percibir dividendos, a percibir el precio de amortización. En el Capítulo II, página 17, se define el valor nominal de las participaciones preferentes, las comisiones y gastos del suscriptor que no tienen que realizar ningún tipo de desembolso -según el folleto- dejando aparte gastos de mantenimiento, corretajes, etc....,

Dada la extensión del folleto, se ha querido transcribir al menos determinados apartados del mismo, de los que, en el caso que nos ocupan, se pueden extraer dos conclusiones básicas.

- La falta de acreditación de la entrega del meritado folleto a la actora.
- La imposibilidad de comprensión de lo expuesto en este folleto, de más de

cuarenta páginas, para que una persona con estudios primarios como la Sra. , e incluso con estudios superiores, pueda llegar a comprender de una forma clara y sencilla con su mera lectura, lo que adquiere y menos aún los riesgos de perder el nominal destinado a la adquisición de estos productos.

9.- Entrando en el análisis de las pruebas testificales practicadas en el acto de la vista, y en relación a la testifical de la Sra. , lo primero que hay que resaltar, pese a que se niegue categóricamente por la demandada que medio asesoramiento por parte de la entidad bancaria, es que ella misma reconoció haber asesorado a la actora para la suscripción de la orden de participaciones preferentes. La citada testigo, cuyo testimonio obviamente debe ser apreciado de forma minuciosa y cautelosa dada la evidente vinculación laboral que ostenta con la demandada, manifiesta que explicó a la Sra. las participaciones preferentes de forma que lo comprendió. Añade además que ella fue la que rellenó el test de conveniencia en el que aparece que el perfil de la actora es de un inversor avanzado, es decir con conocimientos en estos productos, si bien explica que aunque únicamente lo que manifestó conocer de la actora en el acto de la vista, es que era carnicera, tenía ya productos anteriores iguales y por tanto "presupuso sus conocimientos financieros".

Debemos detenernos en esta afirmación, por cuanto en primer lugar, no se ha acreditado en modo alguno que tipo de productos similares o iguales al que nos ocupa adquirió con anterioridad la actora. En este sentido, la testigo se refiere a una libreta de inversión, que aparece en el apartado de inversiones sin riesgo, y a la titularidad de valores, sin embargo ni constan las características de los productos designados, ni se ha dado una explicación razonable de los mismos, y además, hemos de insistir que el hecho de que conste "un solo producto", que no dos, en el listado de productos de riesgo de los que era titular la actora antes de la adquisición de las participaciones preferentes, no significa en modo alguno que pueda catalogarse a la actora de "inversora avanzada y menos aún encasillarla en el apartado de una inversora con un perfil arriesgado".

Hay que llamar la atención, en relación a este testimonio, por cuanto la propia Sra. , no recuerda que se le entregara el follete y el resumen de emisión de participaciones referentes.

Tampoco recuerda que se le indicara que dicho producto se contrataba a perpetuidad.

Refiere además que tampoco se le informó a la Sra. de lo que ocurrió posteriormente con la evolución de sus participaciones, añadiendo que no se les indicó que lo hicieran cuando la entidad bancaria demandada fue intervenida.

Finalmente y en cuanto a la versión de esta testigo respecto a que la actora disponía de 10.000 euros, que quería obtener una rentabilidad y que por ello le aconsejó, invertir 5000 euros en lo que coloquialmente se llama "plazo fijo", y el resto en participaciones preferentes, para que obtuviera una mayor rentabilidad sin penalización alguna, y que le indicó que podía disponer de este dinero, siempre que le avisara con un mínimo de antelación, es una afirmación que carece de cualquier otro respaldo probatorio, al ser negado en todo momento por la Sra. , debiendo recordar que la carga de la prueba respecto a la información, diligencia y transparencia en su actuación, más aún en el caso que nos ocupa, en que nos encontramos ante un cliente que debe calificarse como minorista, pesa sobre la entidad demandada, debiendo además probar no solo que se facilitó la información adecuada, sino que se extremaron todas las cautelas para que la actora supiera exactamente lo que adquiriría y los riesgos inherentes al producto, cosa que no ha acreditado en modo

alguno, como después se indicará.

10.- En cuanto a la testifical de la Sra. _____, no resulta en sí relevante, por cuanto su intervención, que ni niega ni afirma, limitiándose a manifestar a la pregunta de si la Sra. _____ se personó en las oficinas, para preguntar si " ella era titular de participaciones preferentes", que no lo recuerda pero puede ser porque ella siempre informa a los clientes respecto a los productos que tienen contratados si se lo solicitan.

QUINTO.- Pues bien, partiendo de dicho material probatorio, la primera pretensión de la actora se contrae a la nulidad de pleno derecho de los contratos derivada de la contravención de normas imperativas (art. 6.3 CC), en concreto el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores los arts. 4 y 5 del RD 629/1993.

Ha de comenzarse recordando que, según la redacción de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores vigente y, en concreto, su art. 79, la empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deben, entre otros principios y requisitos a los que han de atenerse en su actuación:

a. Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b. Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c. Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d. Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e. Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f. Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g. Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h. Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

De otro lado, y extremando aún más la obligación de diligencia, información y

diligencia de las entidades bancarias, la Directiva Mifid, da lugar a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión que prestan sus servicios de inversión, derogando el Real Decreto 629/1993, y refuerza la obligaciones de las entidades financieras y su diligencia en los artículos 78, y 79 bis.

Resulta sencillo, pues, llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tienen como objetivo el ser extremadamente puntilloso sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos. El cliente tiene que ser rigurosamente informado, y así se deriva de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril del 2004, teniendo como objetivo proteger a ultranza al inversor del "oscuro mercado financiero".

Pues bien, sentado el marco legal, un importante bloque jurisprudencial viene reiterando, no obstante, que el incumplimiento de la normativa sectorial, no puede reputarse determinante para los tribunales civiles a la hora de resolver litigios como el que nos ocupan hasta el punto de sustentar en ella la nulidad de pleno derecho de los contratos derivada de la contravención de normas imperativas (art. 6.3 CC), sin perjuicio de que el incumplimiento de deber informativo pueda producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error.

S.A.P da Valencia NÚM. 277/201 de doce da julio de dos mil doce, con cita de la de 6/10/2010 (Rollo 366/2010), en el apartado relativo a "Efectos de la infracción del deber de información" explica: "No dispone tal normativa los efectos de la infracción civil de tales deberes pero como esta Sala ya fijó en la sentencia de 16/11/2011 (Rollo 439/2011) tal infracción a parte de la posible sanción administrativa, es indudable que, en cuanto signifique omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no este "con conocimiento de causa" exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato."

SAP Pontevedra, sec. 1ª, S 20-1-2012, nº 9/2012, rec. 875/2011. Pte: Rodríguez González, Mª Begoña

"la normativa sectorial no es decisiva, a la hora de resolver un contrato civil, desplegando sus efectos en el ámbito administrativo y eventualmente contencioso, ahora bien, nada impide que los tribunales civiles puedan tomarla como orientativa en la resolución de la nulidad contractual por vicios del consentimiento y protección al consumidor..."

A.P. Sección N. 18 de Madrid Sentencia: 00433/2011 Rollo: Recurso Do Apelación 560 /2011 Proc. Origen Procedimiento Ordinario 485 /2010 Órgano Procedencia: Jdo. Primera Instancia N. 48 De Madrid Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Rueda López:

"Así el cumplimiento de la normativa citada en el fundamento segundo de esta resolución lo que busca a ultranza es que la entidad financiera informe cumplidamente de los productos que se han de contratar, con lo que lo trascendente desde el punto de vista civil en cuya jurisdicción nos encontramos no lo es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa sino si el consentimiento de la contratante ha sido o no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas."

En consecuencia con la doctrina expuesta, la primera pretensión, articulada en orden a que se declare la nulidad de pleno derecho de los contratos derivada de la contravención de normas imperativas (art. 6.3 CC), no puede, por tanto, merecer favorable acogida.

SEXTO.- Se insta, en segundo término, la " nulidad " del contrato que nos ocupa por concurrir vicio del consentimiento.

Es sabido que las razones o causas que predeterminan la nulidad absoluta de los contratos son de extraordinaria gravedad. Y, en efecto, así es: "la nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho -dice la citada *STS de 13 de febrero de 1985-* tiene lugar cuando el acto es contrario a las normas imperativas o prohibitivas ó cuando no tiene existencia por carecer de alguno de sus elementos esenciales..., pues según el *artículo 1.261 del Código Civil* existe si falta el consentimiento, el objeto o la causa".

Y son causas de nulidad radical del contrato;

1. La carencia absoluta o inexistencia (excluido, por tanto, los denominados vicios del consentimiento, pero no la violencia absoluta) de cualquiera de los elementos esenciales. En tal caso, de conformidad con el artículo 1.261, "no hay contrato".

2. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos del objeto del contrato: licitud, posibilidad y determinación.

3. La ilicitud de la causa.

4. El incumplimiento de la forma sustancial.

5. La contrariedad a las normas imperativas a la moral y al orden público (cfr. Arts. 6.3 y 1.255 in fine), en cuyo caso suele hablarse, directamente, de contrato ilegal.

Pero, asimismo, el ordenamiento jurídico vela en todo caso porque el consentimiento contractual se preste por los contratantes de forma libre y consciente. Por ello, cuando el consentimiento (por lo general de una de las partes) ha sido fruto del error, de la coacción o del engaño, declara viciado el contrato y permite que sea anulado por el contratante que ha sufrido tales interferencias en la formación de su consentimiento o voluntad de contratar.

Situados en este caso en sede de anulación del contrato por vicio de consentimiento, en términos generales, debe considerarse que tiene establecido la jurisprudencia que para que el error como vicio de consentimiento sea invalidante conforme al *art 1265, 1º y al 1266 del C. Civiles* preciso que:

a) sea esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen y precisamente de la que de manera primordial motivo la celebración del negocio atendida la finalidad de este (*STS 12.7.2002, 24.1.2003, 12.11.2004 ó 17.7.2006*), esto es, porque recaiga, sin duda, sobre lo que el siguiente artículo del mismo cuerpo legal denomina "sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato" (cf., por ejemplo, *S. AP Burgos 3ª de 10-XI-10, S. AP Pontevedra 1ª de 14-IV- 11, S. AP Barcelona 7ª de 17-V-11, S. AP Lugo 1ª de 26-V-11 o AP Lugo, sec. 1ª, S 21-12-2011, nº 699/2011, rec. 831/2011. Pte: Moreno Montero, José María*),.

b) se produzca en el momento de la perfección del contrato;

c) no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado por el empleo por parte de quien lo ha sufrido de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, siendo que de acuerdo con los postulados de la buena fe este requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por este declarante (STS 18.2.1994, 3.3.1994, 12.7.2002, 12.11.2004, 24.1.2003, 3.6.2003o 17.2.2005, entre otras).

Pero también es jurisprudencia consolidada la que determina que, como la excusabilidad del error es una medida de protección a la otra parte contratante y sus intereses negociales, esta no puede beneficiar a quien precisamente por el incumplimiento de deberes que a ella le incumben (deber legal de información transparente, clara y precisa de la entidad bancaria) ha producido la equivocación de la otra parte, es decir cuando el error es fruto de la negligencia de la parte que no lo sufre al incumplir un deber legal.

Aquí mientras la parte demandante tenía un deber general de informarse (para dar lugar a la excusabilidad del error), conforme a los parámetros normales de precaución en los negocios, la parte demandada tenía un deber, legalmente impuesto, de informar adecuadamente en los términos expuestos en la legislación transcrita supra, mas allá del principio general de responsabilidad negocial, en cuyo cumplimiento podía confiar en la buena fe del demandante, por ser deber imperativo que recaía sobre la contraparte a los fines de cumplir las precauciones o diligencia que determina la excusabilidad del posterior error, siendo que un incumplimiento por la parte demandada de dicho deber de información le hace no merecedor así de la protección que le supone a sus intereses negociales la excusabilidad del error de la contraparte como invalidante de los pactos entre ellos.

Cuando los contratantes actúan por error - STS. 5.3.1960, 29.12.1978-, se rompe la unidad del mutuo consentimiento al no corresponder lo que quieren con error a lo que querrían sin él, pues puede aseverarse que cuando en la decisión de los contratantes interviene el error, es evidente que el acuerdo alcanzado es defectuoso y que debe poder impugnarse en todos aquellos supuestos en que el ordenamiento, valorando típicamente las circunstancias de la experiencia corriente, considera que la distinción que se genera no debe subsistir más que cuando los interesados se conforman con soportarla.

Por su trascendencia anulatoria, el error ha de ser interpretado y tenido en cuenta en los estrictos términos marcados por el Derecho positivo, que a través del *artículo 1266 del Código Civil*, cuyo párrafo primero recuerda que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

SÉPTIMO.- Y entrando con ello en el fondo de la pretensión articulada en orden a la anulación del contrato por no concurrir consentimiento válido, es preciso partir de las consideraciones que a continuación se exponen:

1º.- Se ha de partir, para el enjuiciamiento de la materia que nos ocupa, de que existe una obligación clara y taxativa de la, entidad bancaria de informar de forma correcta a su cliente. Pueden citarse, a tal efecto, v.gr:

SAP Burgos, sec. 2ª, S 18-11-2011, nº 445/2011, rec. 238/2011. Pte: Carreras

Maraña, Juan Miguel:

Recuerda que corresponde a la entidad bancaria llevar a cabo una adecuada información de los riesgos y consecuencias económicas del producto "no ya solo porque es algo que a ésta correspondo efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta, la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido, para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria -ex art. 217-7 LEC- del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del art. 79.1, a),c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, lo que corrobora el R. Decreto 629/1993, 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"- art. 5.3." (...)".

SAP Murcia, sec. 5ª, S 14-12-2011, nº 355/2011, rec. 361/2011. Pte: Nicolás Manzanares, José Manuel: "correspondiendo a la entidad bancaria demandada, conforme a las normas de distribución del "onus probando" del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de acreditar que proporcionó a la demandante la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal, documentado e informado sobre el producto que iba a contratar,..."

SAP Valladolid, sec. 1ª, S 9-1-2012, nº 5/2012/ rec. 486/2011. Pte: San Millán Martín, José Antonio, con cita de la Sentencia núm. 234-11, de la misma Sala de fecha de 15-7-11, (Rollo de Apelación núm. 206-11):

"Con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de la Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.N.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, (artículo 2 L.M.C.)). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual, Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo..."

SAP Zaragoza, sec. 5ª, S 19-12-2011, nº 736/2011, rec. 632/2010. Pte: Pérez García, Pedro Antonio: "en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cuales quiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y

esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto"

AF León, sec. 2ª, S 14-12-2011, n° 393/2011, rec. 471/2011, Pte: Alvarez Rodríguez, Alberto Francisco:

"Como concluye Regadera Sáenz su trabajo titulado El consentimiento en los contratos bancarios complejos, tras analizar la legislación aplicable, "De todo lo expuesto, es fácil llegar a la conclusión de que el legislador europeo, y luego el nacional al adaptar la legislación española, es no ya exhaustivo sino en extremo puntilloso sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos. Quien suscribe no ha visto nunca ningún tipo de contrato, incluida la legislación general sobre consumidores y usuarios, en que al vendedor o intermediario en la comercialización de un producto se le exijan tales requisitos de información y protección (cuasi paternal) del cliente. Nunca ningún comprador debió ser tratado tan bien, incluso mimado, por el vendedor. Claro, que si se lee la Exposición de Motivos o considerandos de la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, se sigue claramente que el objetivo es proteger a ultranza al inversor del oscuro y tenebroso mercado financiero..."

A lo anterior se ha de añadir lo previsto en los artículos 60 y 80 de la Ley 1/2007, de 16 de noviembre, y 78, 78 bis, y 79 bis, de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Mercado de Valores.

2º. En estrecha relación con la obligación informativa de la entidad bancaria se encuentra la doctrina jurisprudencial que ha venido poniendo de relieve la posición especialmente privilegiada que, en materia de acceso a la información, ostentan las entidades bancarias, doctrina que se ha de poner en relación con la información que el Banco vienen obligado a facilitar al cliente (en especial, la información relativa a los riesgos de la operación) y los principios de profesionalidad de las entidades bancarias y confianza de los clientes, inherentes al principio de buena fe contractual.

En este sentido, v.gr:

SAP Murcia, sec. 5ª, S 14-12-2011, n° 355/2011, roe. 361/2011. Pte: Nicolás Manzanares, José Manuel, trae a colación la sentencia de la Audiencia Provincial da Tenerife, Sección 4ª, de 21 de septiembre de 2011 (num. 308/2011, rec. 291/2011), en cuanto que, con cita de la sentencia de la Sección 3ª de la misma Audiencia Provincial de 2 de mayo del mismo año, afirma: "La contratación en el mercado financiero es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia previos. Las entidades financieras se encuentran, por lo general, en una situación de superioridad frente a sus clientes, dado que disponen de mayor información para gestionar sus intereses en este mercado y también para asesorar o recomendar a los clientes la contratación de unos u otros productos financieros. Los clientes, por otro lado, confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación, por lo general, duradera, lo que conlleva que el cliente medio se fíe de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, sin confirmar la cualificación profesional del empleado, y sin consultar otras fuentes externas antes de proceder a la contratación sugerida o recomendada, Profesionalidad y confianza son, por lo tanto, dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, lo que conlleva a su vez la exigencia de un estricto deber de información.

En la misma línea, SAP Burgos, sec. 2ª, S 18-11-2011, n° 445/2011, rec. 238/2011, Pte: Carreras Maraña, Juan Miguel, SAP Valladolid, sec. 1ª, S 9-1-2012, n° 5/2012, roe. 486/2011. Pte: San Millán Martín, José Antonio, SAP Zaragoza, sea. 5ª, S

19-12-2011, nº 736/2011, rae. 632/2010. Pte: Pérez García, Pedro Antonio, con cita de la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2010*-*"El Derecho"* 76.559-.

En definitiva, las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos el alcance de su decisión/ y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

3º Partiendo de tales consideraciones generales y descendiendo al supuesto que nos ocupa, de la prueba practicada podemos extraer, sin embargo, la conclusión de que la entidad bancaria no cumplió esta obligación clara y taxativa de informar de forma correcta a su cliente, sin que la misma pudiera alcanzar conocimiento de los elementos esenciales del contrato de orden de suscripción de adquisición de participaciones preferentes de fecha 14 de febrero de 2011.

A) En primer lugar y situándonos en fase pre-contractual. No consta acreditado en modo alguno que antes de la contratación se facilitara el dossier informativo o folleto y el informe de emisión. En este sentido debemos llamar la atención respecto al primero que el mismo está redactado en un formato en el que se incluye un apartado para la firma del cliente y de la entidad, no habiéndose aportado por la demandada el ejemplar firmado por la actora. A mayor abundamiento la actora niega que se le entregaran dichos documentos, y la testigo Sra. [redacted], no recuerda si se le entregó o no y si lo firmó o no.

B) Aún admitiendo que se le hubiera hecho entrega de los meritados documentos, respecto a los que la parte demandada se limitó a aportar una mera copia, como las que deben entregar a los clientes, dicho documento aún leído por la actora, consideramos que en modo alguno permite alcanzar, dada su generalidad, su complejidad, extensión y términos utilizados, un conocimiento cabal y exacto de los riesgos del producto que estaba adquiriendo, en cuanto a sus términos esenciales, -perpetuidad riesgo real de pérdida del capital nominal, mecanismo de funcionamiento, etc.....

C) Según se dice por la demandada la actora era titular de productos de riesgo con anterioridad a la fecha de suscripción de la orden de compra de participaciones preferentes. Sin embargo del mero documento aportado como 4 en el acto de la vista, en modo alguno puede extraerse la conclusión no solo de que fuera concedora de productos similares, sino lo que es más relevante de qué tipo de productos de riesgo, era titular y cuántos, pues el producto que se identifica como producto de riesgo por la Sra. [redacted], y que va referido a una Libreta previsio, se sitúa y se incluye por la propia parte demandada dentro del concepto de "estalvi inversió sense risc".

D.-) Anundado lo expuesto con el perfil de la Sra. [redacted] y a sensu contrario de lo que se predica por parte de la demandada, se trata de una persona que tiene estudios primarios y que ha trabajado siempre de dependienta, sin ser ni tan siquiera propietaria, de una carnicería, por lo que tildar y calificar como se realiza en el test de conveniencia a la Sra. [redacted] como una persona " con un conocimiento financiero avanzado", resulta dicho sea con todos los respetos, irrisorio e increíble, más aún si atendemos a la complejidad del producto de referencia, lo que sin duda resta enormemente credibilidad a la actuación diligente y adecuada de la entidad bancaria respecto a la Sra. [redacted].

E) Centrándonos en el momento de suscripción del contrato, ni la orden de

suscripción de la adquisición de participaciones preferentes, ni tampoco las condiciones particulares y generales del contrato de custodia y administración de valores (que se acompañan en junto como documento número 1) permite obtener un mínimo conocimiento del funcionamiento del producto, del riesgo de pérdida del nominal, de la perpetuidad de la adquisición ni del resto de las características esenciales de las participaciones preferentes, cuyo conocimiento y entendimiento cabal, las entidades bancarias deben asegurarse más aún cuando nos encontramos ante un cliente, que tiene el perfil de minorista.

F.-) La entidad bancaria intenta eludir su responsabilidad trasladando su falta de diligencia y de probanza en cuanto a la cabal y adecuada información que se transmitió a la actora por parte de su entidad, en el hecho de que la Sra. reconoció no haber leído lo que firmó; si bien, en relación a este extremo, lo primero que hay que reseñar es que aunque hubiera leído los documentos, que únicamente se han acreditado que se entregaron a la actora, y que son los ya referidos bajo el ordinal 1 de la demanda, su contenido es absolutamente insuficiente. E incluso admitiendo a los meros efectos dialécticos que se le hubiera entregado el extenso dossier que se aportó en el acto del juicio y el tríptico, dudamos enormemente que una persona como la actora pudiera entender lo que en los mismos se describe y contiene.

G.-) La demandada no ha acreditado tampoco el tipo de información verbal que se facilitó a la actora, siendo carga de la prueba que debe pechar sobre la misma. En este sentido, la Sra. manifiesta que no se le explicó prácticamente nada y que ella quería un "plazo fijo", y frente a esta versión la demandada se basa en la declaración de dos de sus empleadas, una de las cuales, respecto a esta cuestión, no aporta nada por cuanto no intervino en la negociación del producto y otra, Sra. defiende una versión que es completamente controvertida por la actora.

H.-) Los meros documentos suscritos por la actora, junto a la entrega de una libreta, en la que simplemente consta un apunte, en cuanto a valores, en modo alguno acreditan un mínimo de información adecuada sobre las participaciones preferentes.

I.-) Al hilo de lo expuesto, hemos de volver a insistir en que estamos ante un producto complejo, y que esta calificación se ha realizado desde todos los sectores (consumidores, entidades financieras, economistas etc...).

j) Finalmente y en lo que respecta a la información posterior en cuanto a la evolución del producto, no consta ningún tipo de información facilitada al respecto. En este sentido, hemos de retomar las palabras de la Sra. cuando preguntada en cuanto a si se informó a la actora de los problemas que se habían producido y el riesgo de no poder obtener el nominal invertido, respondió " que no lo hizo porque no recibió indicaciones al respecto cuando la entidad demandada fue intervenida".

En consecuencia con lo expuesto, entendemos que la falta de información adecuada y proporcionada al perfil de la actora, que se ha evidenciado además a virtud de los hechos probados, por los documentos aportados y que tuvo lugar tanto antes como en el momento de suscribir la orden de adquisición de participaciones preferentes impidió que la Sra. pudiera formarse un cabal conocimiento de las características esenciales del negocio que suscribía y de sus riesgos, por lo que prestó su consentimiento viciado, siendo acreedor el negocio suscrito de la nulidad que se insta.

OCTAVO.- Por todo lo expuesto, debe prosperar la pretensión de anulación del contrato de fecha 14 de febrero de 2011. La consecuencia de tal declaración es la

recíproca restitución de las cosas objeto del contrato y del precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el *artículo 1303 del Código Civil*, con restitución de las participaciones por el actor, y condenando a la demandada a abonar al demandante la cantidad de 5.000 euros, más el interés legal del dinero del importe antes referido desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorados en las remuneraciones que haya podido percibir la actora. Todo ello sin perjuicio de lo prevenido en el *artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Habiéndose estimado la acción de nulidad por vicio del consentimiento, ejercitada de forma principal no resulta necesario entrar a conocer de la resolución, ejercitada de forma subsidiaria.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se impone a la demandada el pago de las costas procesales causadas.

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

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por **DOÑA** representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Moratal Sendra, frente a **CATALUNYA BANC, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio María Anzizu Furest, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de fecha 14 de febrero de 2011. La consecuencia de tal declaración es la recíproca restitución de las cosas objeto del contrato y del precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el *artículo 1303 del Código Civil*, con restitución de las participaciones por el actor, en su caso, y condenando a la demandada a abonar a la demandante la cantidad de 5.000 euros, más el interés legal del dinero del importe antes referido desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorados en las remuneraciones que haya podido percibir la actora. Todo ello sin perjuicio de lo prevenido en el *artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Condeno a la demandadas al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer **recurso de apelación** en el plazo de **veinte días** desde su notificación, presentando ante este Juzgado escrito en el que se habrá de exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (*artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, modificado por Ley 37/2011, de 11 de octubre).

El recurso no se admitirá si al prepararlo la parte no acredita haber consignado en la entidad BANESTO y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de este Juzgado, con referencia al presente procedimiento, la cantidad de **CINCUENTA (50) EUROS** en concepto de **DEPÓSITO PARA RECURRIR**, conforme a la *Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial* (introducida por L.O. 1/2009, de 3 de noviembre).

Expídase testimonio de la presente resolución por el Sr. Secretario, el cual se unirá a los autos de su razón, llevando su original al libro de sentencias de este Juzgado.

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

MAGISTRADA JUEZ

PUBLICACIÓN : La anterior sentencia ha sido dictada por la Sra. Juez que la dicta, el día de su fecha y estando celebrando audiencia pública. De lo que doy fe.

SECRETARIO