

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 27 DE VALENCIA

Av. PROFESOR LOPEZ PIÑERO (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º-5ª Dcha (zona AZUL)
(antigua Avd.Del Saler)

TELÉFONO: 96-192.90.37 FAX: 96-192.93.37

N.I.G.: [REDACTED]

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº [REDACTED]

SENTENCIA Nº 000189/2014

MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA ANGELES BARONA
ARNAL

Lugar: VALENCIA

Fecha: uno de octubre de dos mil catorce.

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado:

Procurador: HERNANDEZ SANCHIS, MANUEL ANGEL

PARTE DEMANDADA CATALUNYA BANC SA

Abogado:

Procurador: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios.

Vistos por Dª. MARIA ANGELES BARONA ARNAL, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 1096/13, seguidos ante este Juzgado a instancia del Procurador D. Manuel Angel Hernández Sanchis en nombre y representación de Dª [REDACTED] y con la dirección de la Letrada Dª Mª Dolores Arlandis Almenar contra CATALUNYA BANC SA (antes CAIXA CATALUNYA) representada por la Procuradora Dª [REDACTED] y con la dirección del Letrado D. [REDACTED] sobre acción de nulidad o en su caso anulabilidad de la compraventa de valores, se ha dictado la presente resolución, con fundamento en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador D. Manuel Angel Hernández Sanchis en nombre y representación de Dª [REDACTED] se presento demanda de juicio ordinario contra CATALUNYA BANC SA (antes CAIXA CATALUNYA), en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que:

A) Con carácter principal, se declare la nulidad, o en su caso anulabilidad, por alguna o todas las siguientes causas:

1.- Error en el consentimiento de mí representada en la suscripción del contrato de Participaciones Preferentes Serie A, suscrito en fecha 27 de Junio de 2006, así como en la posterior conversión por acciones de la entidad.

2.- Por vulneración de normas imperativas por CAIXA CATALUNYA (actualmente CATALUNYA BANKC, S.A.)

3.- Por dolo omisivo.

Todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, y condenando a la entidad demandada al pago de intereses legales desde la fecha de la inversión así como los correspondientes desde la fecha de interposición de esta demanda .

B) Subsidiariamente , en supuesto de no estimarse el anterior postulado:

- Declare que por la entidad demandada, ha incumplido dolosamente , o cuanto menos, culposamente , las obligaciones de información , diligencia y transparencia en su relación con mi mandante; y en consecuencia,

- Condene a la entidad demandada , al resarcimiento a mi mandante, en concepto de daños y perjuicios, del importe de 9.000 euros con sus intereses legales correspondientes.

Todo ello, y en cualquier caso, con imposición de las costas procesales causadas en el presente procedimiento a la entidad demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y la conteste.

Dentro del término concedido compareció la Procuradora D^a [REDACTED] en nombre y representación de la parte demandada, personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el cual tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideraba aplicables terminaba suplicando que tras los trámites procesales oportunos se dictara sentencia absolviendo al demandado de todas las pretensiones contenidas en la demanda con expresa condena en costas de la parte actora.

Y dictándose resolución por la que se tuvo por personado al citado Procurador en la representación que acredita y por contestada la demanda.

TERCERO.- Siendo el día y hora señalados comparecen las partes debidamente representadas y asistidas para la celebración de la audiencia previa. Manifestada por las partes la subsistencia de litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo se le concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tal acto por la demandada se desistió de las excepciones previas planteadas a excepción de la caducidad. Y solicitado por las partes el recibimiento del pleito a prueba se acordó el mismo proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas.

Señalada fecha para la celebración del juicio el día y hora que constan, quedaron debidamente citadas las partes.

CUARTO.- Siendo el día y hora señalada para la celebración del juicio comparecieron las partes debidamente representadas, procediéndose a la celebración de las pruebas admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que consta en autos. Tras ello se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora del presente procedimiento se ejercita en puridad acción en solicitud de que se declare la nulidad relativa o anulabilidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes que relaciona en la demanda por error en el consentimiento. Frente a tal pretensión se opone la parte demandada que con carácter previo opone la excepción de caducidad y respecto al fondo sostiene que la contratación estuvo precedida de la oportuna información facilitada y siendo a la actora a quien le interesaba la inversión ya que los rendimientos que ofrecía el producto eran muy altos y no puede descargarse en la entidad demandada toda la responsabilidad en la contratación y sin que corresponda ninguna a la parte actora.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la excepción de caducidad sostenida por la parte demandada ha de traerse a colación la sentencia de la AP de Valencia (sección novena) de 5-3-2013 y reiterada por múltiples sentencias posteriores hasta la fecha y que sostiene que: “ la sentencia de esta Sala de 9-7-12 dictada en rollo 248/12, ha venido a matizar la doctrina precedente de esta misma Sección, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos el contrato en que se afirmaba... la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente, de la finalización de los efectos del contrato. Decimos ello sin perjuicio, obviamente, de la valoración que en propio hecho de la “ finalización” del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merezcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual, en relación con la pretensión de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, lo que evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo. Se indicaba expresamente en dicha resolución que: “ ... la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC) - sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010, tal y como pretende la parte apelante- y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que el legal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos - supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC- respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006(Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, " concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción

al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 , y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992, 08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997y 20 de octubre de 1999). .../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disentida, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil. Así pues ha de concluirse que siendo la suscripción de participaciones preferentes contratos de inversión que no se consuman en el momento de la orden de compra, pues tales inversiones tienen efectos en el futuro al venir obligada la entidad demandada a cumplir con su obligación de abono de los rendimientos convenidos , en este caso el dies a quo del cómputo del plazo para la caducidad de la acción debe quedar fijado a la fecha en que se produjo el canje de las participaciones preferentes . Así pues se desestima la excepción opuesta al no haber transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato.

TERCERO.- Planteada así por las partes la cuestión controvertida conviene comenzar recordando la naturaleza y características de los productos contratados, y que

tratándose de participaciones preferentes, se trata de productos financieros complejos y de alto riesgo. Así las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. Las participaciones preferentes reúnen las siguientes notas características:

a) se trata de un instrumento financiero en virtud del cual las entidades de crédito pueden constituir recursos propios, cumpliendo una función financiera de la propia entidad que las emite. De este modo, el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad.

b) no otorgan a sus titulares derechos políticos.

c) no atribuyen al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor de duración perpetua.

d) el pago de la remuneración al inversor está condicionado a la existencia de beneficios por parte de la entidad de crédito emisora.

e) la liquidación de las participaciones preferentes sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, dado que no cotizan en bolsa.

f) en caso de liquidación de la entidad emisora el titular de la inversión se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás de todos los acreedores de la entidad, y sólo delante de los accionistas ordinarios.

Y dada pues la calificación de los productos financieros objeto de autos, se exige que la entidad de crédito que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos cumpla de forma escrupulosa su obligación de una información imparcial, clara y no engañosa.

CUARTO.- Por lo que respecta a la normativa aplicable habrá de atenderse a la fecha de adquisición del producto (27-6-2006). Y así conviene comenzar recordando que, según la redacción de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores vigente a la fecha de celebración de alguna de las ordenes de compra objeto del procedimiento (anterior a la reforma que introdujo la Ley 47/07, que traspuso las Directivas Comunitarias de Mercados Financieros -Directivas MIFID-), y, en concreto, su art. 79, las 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.

Además, hemos de tener en cuenta que, a la fecha de tal orden de compra, también se encontraba vigente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (vigente hasta el 17 de febrero de 2008, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.), en cuyo ANEXO, se recoge el "Código general de conducta de los mercados" de valores" (aplicable por referencia del art 2) y en cuyo art 5 se establecía que "1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.". Además, el artículo 14 del precitado Real Decreto 629/1993 regula los "Contratos tipo" estableciendo que "2. Los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda."

Resulta sencillo, pues, llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tienen como objetivo el ser extremadamente exhaustivo sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos. El cliente tiene que ser rigurosamente informado, y así de 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".

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2014 y en relación al alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera respecto al cliente, y si bien ya vigente la normativa MIFID, establece que :

"...Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La

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

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

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap , al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

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

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como

minorista o profesional ". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas ".

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

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

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

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

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

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

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia , conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero , se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado ".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

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

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)..."

QUINTO.- Determinado pues el marco legal aplicable, el incumplimiento de dicha normativa sectorial puede producir un consentimiento no informado y por lo tanto viciado por concurrir error. Y así la SAP de Valencia de 12-7-2012, con cita de la de 6/10/2010 (Rollo 366/2010), en el apartado relativo a "Efectos de la infracción del deber de información" y reiterada en múltiples sentencias posteriores 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."

Y asimismo el TS en la sentencia de 20-1-2014 dispone:

" 13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad . Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia . En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad .

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a

presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.”

Así pues en resumidas cuentas y dada la naturaleza de los productos, se exige a la entidad que lo comercializa, desplegar un actividad informativa previa para que la clientela lo comprenda y entienda, para que sepa lo que representa, cómo funciona y sus riesgos y solamente cuando se adquiere conciencia de ello, esto es su conocimiento, decidir si se contrata o no, pues dado que nos encontramos ante un deber legal impuesto a un profesional (entidad bancaria) corresponde dada la facilidad probatoria (art 217 -7 de la Lec) , so pena de imponer a una parte la carga de probar un hecho negativo, a la entidad bancaria acreditar su cumplimiento en los términos fijados por el legislador, en clara protección del cliente financiero o inversor. Y así y tal y como sostiene la sección novena de la AP de Valencia en múltiples sentencias sobre esta materia “ es en la entidad bancaria, en la que recae la carga probatoria relativa a la información adecuada, transparente y veraz...”.

Y dado que se insta la nulidad por vicio de consentimiento y según reiterada jurisprudencia para que el error como vicio de consentimiento sea invalidante conforme al art 1265, 1º y al 1266 del C. Civil es 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 , 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".

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 .

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.

Por último hay que hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo dictada con fecha 17/4 /2013 que incide en la importancia del perfil general de riesgo del inversor por lo que en el supuesto de que deba calificarse a éste como conservador frente a la evaluación de moderado, arriesgado y muy arriesgado, lleva a concluir que este perfil conservador desaconseja la inversión de fondos con un plazo de liquidez largo o sin tal plazo de liquidez, máxime si se ofrecen pingües beneficios por lo que debe tener especial relevancia. Por lo que aun partiendo del causismo propio de esta materia, en los supuestos de inversores de perfil conservador la suscripción de un producto bancario caracterizado por su alto riesgo, máxime si ese inversor no han asumido la eventualidad de liquidez a largo plazo o sin en definitiva la obtención de pingües beneficios o el aseguramiento cuando menos de la restitución del capital le ha movido a la contratación, debe prosperar la acción ejercitada por error en el consentimiento sin que pueda atribuirse al caso fortuito , sin que deben incidir el hecho de que las autoridades supervisoras y las agencias de calificación no hayan detectado vi las

consecuencias indeseadas que de esos productos resultaban y sin que ello sea motivo suficiente para la confirmación de este contrato aun en el supuesto de que ese inversor en un principio hubiera obtenido una remuneración, constatada desde luego la falta de adecuada información sobre el riesgo del producto en cuestión.

Asimismo ha de insistirse no ya en esa obligación legalmente impuesta sino que ese deber de lealtad en los tratos preliminares es esencial y que le es exigible a la entidad una cumplida, detallada y rotundamente completa información acerca de las características del contrato y de los especiales riesgos que comporta por pura exigencia del deber de ser leal y así la STS de 26 de octubre de 1981 sostiene que: “ la deslealtad de una parte es independiente de la actitud del afectado y que no se debe premiar aquella a socaire de la indebida confianza que le prestara el incauto.”

SEXTO.- Y partiendo de tales premisas y a la vista del resultado que arroja el conjunto de la prueba practicada habrá de concluirse que la entidad demandada ha incumplido la obligación de información en los términos que legalmente le eran exigibles y por lo tanto el consentimiento prestado por la actora para la compra de tales productos fue prestado por error. Y así no consta prueba documental alguna acreditativa de que la entidad demandada suministro la información legalmente preceptiva y al respecto tan sólo contamos con la documentación aportada por la propia actora y consistente en el contrato de cuenta de valores y en la orden de compra y en dicha orden consta “ productos indicados para inversores que quieren asumir pocos riesgos o con un plazo de inversión muy corto”. Asimismo las alegaciones realizadas por la actora respecto a la forma en que se comercializó el producto no han sido desvirtuadas por prueba alguna en contrario. Y así no pueden perderse de vista las circunstancias personales de la actora, circunstancias éstas totalmente reveladoras de su condición de cliente minorista, con nulos conocimientos financieros y además su condición de consumidora le hace acreedora de la máxima protección. Y así tal y como ha quedado acreditado es sastre de teatro y el producto objeto de autos es el único adquirido, no habiendo realizado operaciones con productos similares o de riesgo y con tales antecedentes resulta totalmente verosímil el que la adquisición del producto objeto de autos lo fuera no por iniciativa propia sino siguiendo las recomendaciones del personal de la oficina bancaria en la que tenía depositados sus ahorros y confiando en la información verbal recibida y con la creencia de que tenía “ un plazo fijo con una rentabilidad especial y que podía ser retirado en cualquier momento” y a pesar de no haber contado en autos con la declaración del empleado de la demandada que comercializó el producto, no es razonable que un cliente con el perfil de la actora, se decida por si misma y libremente, sin que se le ofrezca por la entidad, a adquirir un producto con el que asume posiciones inversoras de riesgo máximo que, incluso, podrían implicar la pérdida de su dinero, teniendo en cuenta la conceptualización de las participaciones preferentes y que las hace poco "aconsejables" o "pertinentes" para personas que no cuenten con recursos económicos distintos y de fácil ejecución.

En definitiva la prueba practicada es completamente reveladora de la falta total de una información adecuada y real sobre el producto contratado y por ende evidentemente cuando la hoy actora prestó su consentimiento para la compra del producto, dicho consentimiento se hallaba viciado al existir una abierta divergencia entre aquello para lo que prestó su consentimiento y lo que realmente se quería, siendo tal divergencia ocasionada por una causa no imputable al prestador del consentimiento, que no tenía conocimiento adecuado sobre los riesgos que asumía con su adquisición y por lo tanto se prestó un consentimiento viciado por error, al desconocer por no ser informada de los elementos esenciales del producto y sus riesgos.

Asimismo en modo alguno puede entenderse convalidado el negocio por los actos propios ya que la percepción de los intereses sin protesta alguna hasta la fecha en que se toma conciencia de la autentica naturaleza de los productos contratados es lógico ya que el cliente

no alcanza hasta ese momento a percibir el error en el que ha incurrido y no desprendiéndose de la información bancaria y fiscal que se le remitía para la declaración del IRPF los riesgos.

Por otra parte la confirmación o convalidación del contrato anulable exige, como requisito de validez (art 1309 CC) que el vicio originante (el error) de la invalidez del negocio haya cesado, lo cual no consta aconteciera en el presente caso, al contrario los términos en que dicho canje se produjo distan mucho de una situación pacífica y de voluntaria convalidación del contrato viciado, sea expresa o tácita.

SEPTIMO.- Por todo ello procede declarar la nulidad interesada con las consecuencias del art 1303 del CC, según el cual “ declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses”.

Y lo mismo sucede respecto al CANJE de las participaciones preferentes por acciones afectado asimismo de nulidad por ser consecuencia de la suscripción de las obligaciones y ello en aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato , ya que la ineficacia por nulidad relativa abarca o engloba la nulidad del contrato inicial y posteriores con el mismo origen, como señala la STS de 17 de junio de 2010 referida a contratos causalmente vinculados en virtud de nexo funcional. Así pues y aunque la resolución administrativa que acuerda el canje como tal no puede ser afectada por el pronunciamiento que dicte un juzgado civil si el efecto novatorio a que da lugar y que ahora es enjuiciado y que como ya se ha sostenido carece de eficacia.

Y por lo que respecta al alcance de la restitución de las recíprocas prestaciones conforme a lo dispuesto en el art 1303 del CC , dicho precepto define la “ restitutio in integrum”, con retroacción “ ex tunc” de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador y es por ello que la parte demandada habrá de proceder a la devolución del principal invertido y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal devengado desde el instante en que se ejecuta la orden de compra como medio de lograr un justo reintegro patrimonial. Y asimismo deberá la actora reintegrar a la parte demandada la totalidad de los intereses o remuneraciones percibidas durante la vigencia del contrato y que comprende tanto lo efectivamente liquidado a la demandante como lo ingresado por el banco a la Agencia Tributaria, por cuenta de aquella, esto es, la prestación del banco y ello sin perjuicio de la reclamación que pueda realizar la demandante en sede tributaria, con el interés legal desde el instante en que se abonaron, así como devolver en su caso las acciones entregadas en el canje. Es doctrina jurisprudencial reiterada (TS de 24 de marzo o de 22 de mayo de 2006) que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecida, sin que suponga incurrir en incongruencia.

Así pues en ejecución de sentencia deberá determinarse la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (art 219.2 LEC) que se acaba de citar, determinándose la cantidad oportuna, que por vía de la compensación judicial, resulta ser acreedora la parte actora.

OCTAVO- Dada la estimación de la demanda, las costas procesales se imponen a la parte demandada, en aplicación de lo dispuesto en el art 394.1 LEC.

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

FALLO

Que estimo la demanda formulada por el Procurador D. Manuel Angel Hernández Sanchis en nombre y representación de D^a [REDACTED] contra CATALUNYA BANC SA (antes CAIXA CATALUNYA) y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad del contrato objeto de autos así como la nulidad del canje operado y procedo en consecuencia condenar a la parte demandada a abonar a la parte actora la suma de 9.000 € ,más los intereses legales devengados desde que se ejecuta la orden de compra y asimismo condenar a la parte demandante a reintegrar a la demandada la totalidad de los importes de intereses o remuneraciones percibidas en virtud del contrato con el interés legal desde el momento en que se abonaron y a la entrega de las acciones y todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de **APELACIÓN** ante este Tribunal (artículo 455 LECn), dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LECn).

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15^a de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco **BANCO SANTANDER**, en la cuenta correspondiente a este expediente nº **4084/0000/02/1096/13** indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato **DD/MM/AAAA**

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente nº **0049-3569-92-0005001274** (IBAN **ES55 0049 3569 9200 0500 1274**), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles, que al efecto existe en la Secretaría de este Juzgado, quedando en las actuaciones testimonio de la misma.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en Valencia, a uno de octubre de dos mil catorce.