

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6

VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 3º

TELÉFONO: 96-192-90-15

N.I.G.:

Procedimiento: Asunto Civil /2014

SENTENCIA Nº 220 /2014.

JUEZ QUE LA DICTA: VICTOR MANUEL CAPILLA CARDONA.

Lugar: VALENCIA

Fecha: catorce de octubre de dos mil catorce.

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: MARÍA DOLORES ARLANDÍS ALMENAR.

Procurador: HERNANDEZ SANCHIS, MANUEL ANGEL

PARTE DEMANDADA CAIXA CATALUNYA

Abogado:

Procurador:

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios

En Valencia, a catorce de octubre de dos mil catorce.

Vistos por D. Víctor Manuel Capilla Cardona, Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, los autos de Juicio **Ordinario nº 165/14**, promovidos a instancia de Dº/Dª

, representado/a/s por el/la Procurador/a Dº/Dª. Manuel Hernández Sanchís, asistido/a/s por el/la Letrado/a Dº/Dª María Dolores Arlandís

Almenar, contra la mercantil "CAIXA CATALUNYA S.A.", representado/a/s por el/la Procurador/a Dº/Dª. y asistida por el/la Letrado/a Dº/Dª.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el/la Procurador/a Dº/Dª. Manuel Hernández Sanchís, en nombre y representación de Dº/Dª

contra la mercantil "CAIXA CATALUNYA S.A.", basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó la Procuradora Dª. en nombre y representación de la demandada, oponiéndose a la demanda, con base en los hechos que constan en su escrito de contestación y que se dan por reproducidos, y después de alegar los fundamentos que se estimó de aplicación, se terminó solicitando que previos los trámites legales se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a sus representada de los pedimentos contra ella formulados de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la audiencia previa, comparecidas las partes se comprobó que el litigio subsiste entre ellas, resolviendo las cuestiones procesales alegadas, por lo que cada parte se pronunció sobre los documentos aportados de contrario, en virtud del artículo 427 de la LEC, tras lo cual se procedió a la fijación de los hechos no existiendo conformidad de las partes por lo que se abrió el período de proposición de prueba con base en el artículo 429 de la LEC. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se convocó a las partes a juicio.

CUARTO.- Practicada la prueba en el acto del juicio, y formuladas las conclusiones por las partes, quedó el mismo concluso para dictar sentencia. En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Demanda y contestación.

La parte actora presentó demanda contra Caixa Catalunya S.A. para que se declaren nulos de pleno derecho los siguientes contratos:

-contrato de suscripción de participaciones preferentes, serie B, de:

15 de febrero de 2001, por importe de 3.000 euros.-.

-contrato de suscripción de participaciones preferentes, serie A, de:

18 de febrero de 2003 por importe de 3.000 euros.-.

17 de septiembre de 2004 por importe de 28.000 euros.-.

Se solicita la nulidad de los contratos arriba enumerados y en su caso el canje por acciones.

Las acciones recogidas en el suplico de la demanda son, “con carácter principal, la declaración de nulidad, o en su caso anulabilidad por alguna o todas de las siguientes causas:

-por vicio en el consentimiento determinante de error esencial y no imputable a la parte demandante.

- por infracción de normas imperativas.

-por dolo omisivo.

Subsidiariamente, se ejercita la acción resarcitoria de daños y perjuicios por falta de diligencia e incumplimiento contractual de la demandada.

Dichas acciones se fundamentan, resumidamente, en la normativa de protección

del inversión de la Ley de Mercado de Valores y en los artículos 6.3, y 1.261, 1.265 y 1.266 del código civil alegando que la demandada incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese a su perfil minorista y conservador, dado su nivel de estudios básicos y sin conocimientos financieros.

La petición se concreta en solicitud de condena a la demandada a la restitución del capital invertido restante después de la orden de venta de participaciones preferentes serie B (el 13 de noviembre de 2.006 por importe de 6.000 euros), y que asciende a **18.678.- euros**, y los intereses legales desde la fecha de adquisición.

La parte demandada , como cuestiones previas, y tras el acto de la audiencia previa, mantuvo las siguientes:

- se opuso la falta de legitimación activa al haber venido las acciones canjeadas a un tercero.
- se alegó la caducidad de la acción ejercitada de contrario.

En cuanto al fondo del asunto refiere (p. ej. pág. 11 de la demanda), en síntesis, se mantiene en la contestación que la calificación de minorista de la parte demandante no le convierte en personas no aptas para la adquisición del producto financiero de autos, que el inversor adquirió el producto de tal forma que no existe vicio del consentimiento, que el error padecido era inexcusable, debiendo desplegar una mayor diligencia los adquirentes del producto financiero, que no existió infracción de normas administrativas y que no existió dolo por su parte.

SEGUNDO.- Cuestiones previas.

En cuanto a la excepción de **caducidad** con base en el artículo 1.301 del Código Civil, procede desestimarla, a la vista del contenido de la Sentencia 308/2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de diciembre de 2013, que reitera los argumentos de la Sentencia de 11 de julio de 2011 de la misma Sala, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, de tal forma que en supuestos como el presente en que el contrato tiene vocación de

permanencia y no está sometido a plazo, practicándose liquidaciones periódicas, no debe confundirse en el momento de perfección del contrato es decir el momento de adquisición del producto financiero, con el de la consumación, circunstancia que se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

En el presente caso no puede apreciarse tal caducidad, pues el contrato estuvo desplegando sus efectos, cuanto menos, hasta el momento del canje por acciones.

En relación a la alegación de falta de legitimación activa de la parte actora, debe señalarse que lo que se ejercita, entre otras, es una acción de anulabilidad por vicios del consentimiento y la posición que habilita a la parte para poder obtener un pronunciamiento sobre dicha pretensión es la de contratante o sucesor del mismo, con independencia de la situación actual de los títulos. Así, no existe duda de que fueron D. y su esposa los que celebraron los contratos, por lo que de ese hecho debe derivarse su legitimación para obtener un pronunciamiento sobre el consentimiento prestado, siendo el resultado de dicho pronunciamiento una cuestión de fondo. En este sentido STS de 7 de julio de 2.011

TERCERO.- Régimen jurídico.

En cuanto al tipo de producto objeto de litigio, las participaciones preferentes, debemos estar a lo manifestado por la Audiencia Provincial de Valencia, Secc. 9ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2013 (R.A 556/13; Pte. Sr. Caruana): *“son valores emitidos por una entidad mercantil reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de Mayo de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros cuyo artículo 7 fija constituyen recursos propios de las entidades de crédito y su Disposición Adicional Segunda, en la redacción vigente a Diciembre de 2006 viene a fijar las notas singulares de esta clase de producto de inversión. Así debe señalarse que el valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor razón por la que el preferentista no tiene un derecho de crédito frente a la entidad y no puede exigir el pago del importe de la participación; no otorgan al suscriptor*

participación en el capital (no se ostenta por su adquisición la cualidad de accionista), tampoco se tienen derechos políticos (derecho de voto), ni otorgan derechos de suscripción preferentes; presentan carácter perpetuo y su rentabilidad no está garantizada al depender de los beneficios que obtenga aquella entidad pero sí que participa o cubre las pérdidas del emisor, hasta el punto de poder perder el monetario invertido por lo que el mismo tampoco está garantizado y por último, son productos propios o que cotizan en un mercado secundario. En caso de liquidación de la entidad emisora la posición del preferentista en la prelación crediticia está inmediatamente después de todos los acreedores, subordinados o no, y por delante de los accionistas ordinarios.

Las participaciones preferentes están expresamente mencionadas en el apartado h) del artículo 2-1 de la Ley de Mercado de Valores (en redacción dada por la Ley 47/2007) como producto comprendido en la aplicación de dicho texto legal, pero con perfecto encuadre en el mismo artículo en su precedente redacción y de hecho no es objeto de discusión tal aplicación. La Comisión Nacional de Mercado de Valores describe a las Participaciones Preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Además, advierte, son un instrumento complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido; es decir, que son un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas.

El carácter de producto complejo (exige ciertos conocimientos técnicos para su comprensión) y de alto riesgo como se ha expuesto, afecto a la normativa del mercado de valores, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.”

Respecto al **contenido y exhaustividad de dicho deber de información**, en relación a la suscripción de participaciones preferentes entre el año 2.003 y 2.006, **antes** de la transposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como **MIFID**), destaca que ya existían normas que hacían hincapié en la obligación del información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual-que debía

de mantenerse en todo momento de la vida del contrato. En tal sentido es predicable: artículo 48.2 de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es, precisamente en desarrollo de dicha ley, cuando el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero-vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que 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. Y a ello se añadía que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

En definitiva, en este punto tenemos que aunque se trate de contratación practicada antes de la reforma de la LMV por la transposición de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (MIFID):

-Ya existía el RD 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios Se reitera que desde el RD 629/1993, se había dispuesto la obligación de facilitar información precisa. La

norma tenía un anexo, denominado “Código general de conducta de los mercados de valores”, cuyo art. 5.3 establecía:

“La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y hacer hincapié en los riesgos que conlleva...”. Mientras estuvo vigente, hasta el 17 febrero de 2008, se exige que la información se caracterice por esos calificativos, y una particular insistencia en los riesgos.

-Aunque las directivas en principio no tienen eficacia horizontal, hay una línea judicial favorable a otorgársela en el caso de la Directiva (MIFID). Así, entre las Audiencias Provinciales, la SAP Castellón, Secc. 1ª, de 4 mayo 2001, rec. 292/2000, dice: *“En el ámbito de las Audiencias Provinciales, han reconocido eficacia directa horizontal a la Directiva mencionada las sentencias de 4, de noviembre de 1997 de la AP de Zaragoza, de 20 de julio de 1998, de la Secc 1ª de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, y de 30 de junio de 1997 de la Secc. 6ª de la AP de Málaga. En esta Audiencia Provincial, la sentencia de la Sección 2ª, de 1 de julio de 1999, analiza en profundidad estas cuestiones”*.

-Aunque no se aceptara esta exigibilidad entre particulares, lo que en cualquier caso supone la directiva no transpuesta es la **obligación del juez nacional de interpretar la legislación interna atendiendo a sus previsiones**(STJCE von Colson/Kammann 10 abril 1984, STJUE 11 junio 1996), pues *“...al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para conseguir el resultado perseguido por esta y atenerse así al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE ...”*, incluso aunque no hubiera transcurrido el plazo para la incorporación al derecho nacional (STJCE Kolpinghuis Nijmegen, 8 octubre 1987, as. 80/86). Otro tanto acontece cuando el juez nacional tiene que resolver sin contar con norma interna, pero con disciplina de la Unión Europea, como ha dicho la mencionada STJCE Faccini Dori.

Nuestro Tribunal Supremo en STS 27 marzo 2009, rec. 1422/2000, ha admitido esta eficacia interpretativa, y lo han expresado numerosas las resoluciones que recurren a las directivas europeas no transpuestas como criterio hermenéutico del ordenamiento interno (SAP Madrid, Secc. 28ª, 13 mayo 2008, rec. 307/2008, SAP Barcelona, Secc. 1ª, 29 junio 2009, rec.78/2008, AAP Sevilla, Secc. 6ª, 19 julio 2011, rec. 342/2011, SAP Álava, Secc. 1ª, 30 diciembre 2012, rec.

396/2011, SAP Girona, Secc. 1ª, 20 marzo 2012, rec. 672/2011, SAP Las Palmas, Secc. 5ª, 14 enero 2014, rec. 298/2012).

En cuanto a la **carga de la prueba del correcto asesoramiento e información** en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, (ver sentencia AP, Valencia, sección 6ª, del 12 de Julio del 2012; ROJ: SAP V 3458/2012) respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006). La SAP, Valencia, sección 9ª, del 16 de Mayo del 2013 (ROJ: SAP V 2821/2013) reitera la doctrina jurisprudencial y así dice que: la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria(como hemos declarado, entre otras en Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso.

CUARTO.- Delimitación del objeto del procedimiento.

Las partes no discuten la existencia de las órdenes de compra de las participaciones preferentes, ni el importe de las adquisiciones ni la cuantía total de la inversión, ni la cuantía que ahora se reclama, ni la clasificación como cliente minorista de los demandantes, ni la clase de producto adquirido (participaciones preferentes), por lo que la controversia **queda reducida a examinar la existencia o no de infracción de normas imperativas o de vicio en el consentimiento** respecto de estas órdenes.

Con base en lo anterior, deben examinarse la acción ejercitada:

Nulidad de los contratos por infracción de normas imperativas.

Se alega la misma conforme al artículo 6.3 del Código Civil, en relación con los preceptos ya mencionados de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

No puede aceptarse este argumento, por cuanto el incumplimiento de los deberes antes apuntados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente consumidor no conlleva la nulidad absoluta o radical del contrato, pues dicha consecuencia no viene impuesta en la citada normativa. El único efecto que tal incumplimiento puede producir habrá de valorarse en cuanto a la pretensión de anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada como uno de los elementos determinantes de que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, de 30 de abril de 2012:

"No es que el incumplimiento de la disciplina legal de carácter sectorial no pueda fundar en ningún caso la nulidad contractual. Pero la constatación de la vulneración puede ser instrumento útil para la comprobación de la concurrencia o no del error que se denuncia por la parte actora... En definitiva, se trata de que, cuestionándose si concurrió error invalidante del consentimiento y puesto que la normativa sectorial no establece la nulidad contractual como consecuencia de las vulneraciones de la misma, la utilidad de la verificación de su cumplimiento se proyecta en el ámbito de la comprobación de si la demandante dispuso o pudo disponer de información suficiente para neutralizar la existencia del error que alegan".

Nulidad relativa por vicio del consentimiento.

En el suplico de la demanda se formula esta acción con carácter principal. Debemos distinguir entre inexistencia contractual, nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa.

La inexistencia produce los mismos efectos que la nulidad absoluta pero es un concepto que implica la falta de un elemento esencial del negocio jurídico (declaración de voluntad, objeto, causa y forma en el caso de ser solemne el negocio).

La nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva; siendo esta apreciable de oficio, y subsanable y con efectos frente a

todos.

La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio hasta que sea anulado produce todos sus efectos. Aun cuando la parte demandante habla de nulidad radical en relación a la inexistencia del consentimiento, dicha valoración no puede ser acogida, sino que se sustenta en un vicio del consentimiento, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1.300 del código civil establece: "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley"; y así la parte demandante sostiene un error que ha viciado su consentimiento a la hora de contratar, con carácter principal.

Así de acuerdo con el contenido de la demanda, la parte actora quería celebrar dicho contrato, pero se mantiene que expresó su voluntad con vicio en su consentimiento al creer que concertaba un contrato sobre productos sin riesgo alguno, de forma que en ningún momento se produjera una posible pérdida en su patrimonio. Siendo así que manifiestan desconocían los riesgos elevados de concertar el producto en litigio, viene a indicar que concertaban un depósito. **En suma nos encontraríamos con una nulidad relativa y no ante una inexistencia, ni ante una nulidad radical o absoluta de la relación contractual.**

En el análisis del erroren el caso concreto habrá que ver si se cumplen los requisitos establecidos fundamentalmente por el art. **1.266 del Código Civil (C.C.)** y la jurisprudencia recaída al efecto. El artículo 1.266 C.C. establece 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"*.

Básica y muy resumidamente, y según reiterada jurisprudencia, se requiere que el error sea esencial, excusable, que exista causalidad entre el error y la finalidad perseguida por el negocio jurídico y que se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad. Por ejemplo, STS 21 mayo 1997, rec. 1342/1993.

Las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012 y del 29 de Octubre del 2013 (ROJ:STS 5479/2013) reiteran la doctrina jurisprudencial recogida también en la sentencia AP, Valencia sección 9 del 12 de Junio del 2013 (ROJ:SAP V 3372/2013) y la más reciente de 30 de diciembre de 2013.

QUINTO.-Valoración de la prueba.

En el presente procedimiento habrá que estar a la prueba practicada consistente en:

- Documental.
- interrogatorio de parte en la persona de D.
- pericial, con ratificación de su informe en el acto del juicio por parte de D^a. Nuria María García Pascual.

En cuanto al objeto de la prueba habrá que examinar lo relativo al cumplimiento del deber de información y la parte que afecta a la existencia o no de vicio en el consentimiento.

CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN:

-se suscribieron tres órdenes de compra de participaciones preferentes, cuyo carácter de producto financiero complejo ya se ha mencionado. Constan, junto con la venta realizada, como doc. núm.7 de la demanda. Ante todo ello, no queda duda (ni era controvertido) el hecho de la contratación.

En lo concerniente a las órdenes de compra (p. ej.doc. núm. 6 de la demanda), se observa que son un mero formulario genérico, al que se han incorporado los datos concretos de la operación, pero no se concreta de forma proporcionada y correcta cuáles son las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, tal como un folleto explicativo, en especial el riesgo que afectaba a dicha operación. Y ello a pesar de que en la parte final de la indicada orden de compra se indica que el “titular conoce el significado y trascendencia de la presente orden”. Sin embargo, debe indicarse que no ha quedado acreditado, ante dicha expresión abstracta de que se ha suministrado información sobre el producto o sobre su clasificación como inversor o sobre

otras incidencias del contrato, cuál ha sido el contenido de dicha información, lo que impide ante la pasividad probatoria de la entidad bancaria contrastar qué se le dijo a la parte actora con anterioridad a la celebración del contrato. Cabe citar, en este sentido, la SAP Asturias, Secc. 5ª, 15 marzo 2.013, rec. 65/2013.

-por la parte demandante se aporta, como documento nº 11 de la demanda, la comunicación de canje de instrumentos híbridos de 2013, y como doc. núm. 12 la aceptación el 21-6-2013.

Respecto del **interrogatorio de parte**, en el acto del juicio D.

sostuvo que los productos los contrató su mujer, pues él estaba normalmente trabajando, que su mujer trabajaba de carnicera, que no estaba presente en la suscripción, que ella iba al banco hacía y deshacía (3'00'' aprox) que los estudios que poseían eran los de graduado escolar, que tenían un perfil ahorrador, que todo se fundamentaba en la confianza con el empleado del banco, que si lo hubiera sabido seguro que su mujer no lo hubiera contratado y que, en cuanto al canje, la alternativa que les dieron era coger la oferta o "nada".

Hay que valorar el informe **pericial** aportado por la actora, que corrobora lo ya manifestado. De dicho informe se deriva la falta de diligencia en la obligación de información por la entidad, tanto precontractual, durante la contratación y post contractual. Se manifiesta por el perito que la entidad debería haber informado al cliente de la evolución del rating del emisor. Además se concluye, entre otras cosas, que los productos no se ajustaban a la situación personal del cliente ni a sus conocimientos.

Pese a que le incumbe su acreditación, por la parte demandada no se aporta dato ni prueba alguna respecto al modo en que se comercializaron y se adquirieron las participaciones preferentes. Es cierto que se trata de órdenes de compra de hace años, pero también debe tenerse en cuenta lo dicho respecto a la carga de la prueba, la especial diligencia que debe desplegar la entidad bancaria, y el criterio de facilidad probatoria del artículo 217.7 de la LEC, que en esta caso también afecta a la entidad financiera.

No constan la documentación complementaria a la suscripción, ni la relativa a la

información a proporcionar con carácter previo sobre las características del producto y sus riesgos.

No se acredita que por parte de la entidad financiera se comprobara realmente el perfil del cliente, ni se ofreciera la información adecuada al mismo, en especial en cuanto al riesgo del producto bancario.

De todo ello **se concluye que no se cumplió con el deber de información**, puesto que no consta ningún tipo de ésta, y debe presumirse que no se dio la información por completo –en especial en cuanto a los riesgos-, ni de forma clara y transparente, ni con antelación suficiente, según exigía el RD 629/1993, de 3 de mayo.

De esta forma la parte demandada **debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba de dicha circunstancia** y así entenderse que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares de los inversores de los que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

CON RELACIÓN AL ERROR ALEGADO Y SUS REQUISITOS:

En lo atinente a las circunstancias de la parte actora en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido cumple con todos los requisitos antes mencionados para producir la anulabilidad.

El error es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto la parte actora no tenía conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo o producto análogo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias, en especial en cuanto a su perpetuidad, rentabilidad variable y negociación en mercado secundario.

El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo no es imputable a la parte actora que lo ha sufrido sino a la parte demandada que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o

regular, dado su nivel de estudios básicos, teniendo en cuenta que no consta que la parte actora tenga ninguna experiencia en inversiones arriesgadas, ni ha trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera.

En modo alguno puede atribuirse ninguno de los demandantes la condición de “profesional” referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de “minorista”, dado el carácter de los productos bancarios de los que han sido titulares.(doc. num. 2 de la contestación a la demanda). No se ha probado que tuviera conocimientos financieros en un nivel suficiente como para comprender y representarse los verdaderos parámetros del producto que contrataba.

Tampoco hay prueba alguna de la existencia de asesoramiento externo especializado en el momento de la celebración del contrato.

Del mismo modo, existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato, por cuanto aquel en ningún momento deseaba la contratación de unos valores sometidos a un mercado secundario, si no la imposición a plazo fijo o producto similar.

Con base en lo todo lo anteriormente expuesto **debe declararse la nulidad** de los contratos de suscripción de participaciones preferentes, **por vicio del consentimiento determinado por error** esencial y no imputable a la parte actora, por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento de los demandantes para la compra de las participaciones preferentes fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales de la parte demandante, que le alejan del perfil del inversor que adquiere esta clase de productos complejos; 2) las características de la operación financiera realizada incompatible con la intención o voluntad de los mismos; 3) la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a su cliente consumidor de los riesgos del producto que suscribía, en particular con respecto a las previsibles dificultades de su posterior transmisión y consiguiente recuperación de la suma invertida.

SEXTO.- Efectos jurídicos.

En cuanto a los **efectos jurídicos** derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo **1.303** CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. En este sentido citar la sentencia de 17 de septiembre del 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que: "*En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes*", y que "*dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente*".

En cuanto al canje forzoso de las participaciones preferentes, 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 - pues fue prácticamente al demandante

Al respecto debe sancionarse que la inevitable aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato arrastra al canje realizado para la conversión de las obligaciones subordinadas, considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo en los términos antedichos, la ineficacia abarca o engloba el contrato inicial y los posteriores con el mismo origen - superando con ello, aunque el efecto final sea el mismo, la mención a la resolución del canje producido -. Es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las sucesivas obligaciones subordinadas y el canje posterior por otros productos al que fue el actor lastrado por imperativo de la entidad demandada y el FROB. Como mantiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 2010, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que vino impuesto por la entidad emisora. Debe mantenerse que existe una ineficacia

en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya.

Los intereses deben computarse desde la fecha en que se produjo el cargo en cuenta para la adquisición de los productos financieros.

Como establece la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, número 41-14, de 19-2-2014, rollo 18-14

“SEGUNDO: Conforme a lo normado en el *art. 1303 del CC* declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo normado en los artículos siguientes, que se refieren a supuestos singulares previstos en los *arts. 1305 , 1306 y 1314 del CC* , relativos respectivamente a ser ilícita la causa u objeto del contrato, concurrir causa torpe no constitutiva de delito o falta o incapacidad de un contratante, que no son aplicables al presente caso.

Las *SSTS de 11 de febrero de 2003 , 6 de julio de 2005 y 15 de abril de 2009* recogen la jurisprudencia interpretativa del *artículo 1303 del Código Civil* , señalando que el mentado precepto "tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (*sentencias de 22 de septiembre de 1989 , 30 de diciembre de 1996 , 26 de julio de 2000*), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (*sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 30 de diciembre de 1996* -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (*sentencias de 18 de enero de 1904 , 29 de octubre de 1956 , 7 de enero de 1964 , 22 de septiembre de 1989 , 24 de febrero de 1992 , 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996*), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (*sentencias de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de 1999*). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (*sentencias de 29 de octubre de 1956 , 22 de septiembre de 1989 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000*), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (*sentencias de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973*). El *art. 1303 del Código Civil* se refiere a la devolución de la cosa

con sus frutos (*sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994*) y el *precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994 , 12 de noviembre de 1996 ,23 de junio de 1997)*, norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales».

Pues bien, en el presente caso, la nulidad del contrato trae consigo la devolución de prestaciones con efectos *ex tunc*, y la pretensión de la actora de que se le restituyan las cantidades abonadas desde la celebración de los respectivos contratos y no desde la interposición de la demanda deviene legítima en virtud de la doctrina expuesta.

No ofrece duda tampoco que el *art. 1303 del CC* acoge la regla principal de los efectos de la invalidez de los contratos, incluyendo naturalmente los casos de nulidad relativa o anulabilidad, en estos supuestos el alcance de la obligación restitutoria, como ya hemos adelantado, nace directamente de la ley, y, por ello, puede fijarse en sede judicial aunque no haya sido pedida por las partes (*STS de 8 de enero de 2007*);”

El art. 1.307 del CC señala: *“Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no la pueda devolver por haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.”*

Una interpretación integradora de este precepto al caso concreto obliga a estimar que la demandante, al perder los títulos como consecuencia del canje forzoso por acciones acordado por el FROB en virtud de Resolución de 7.06.2013 y haber aceptado la oferta de venta de las mismas al FGD, debe devolver al banco demandado el precio recibido por la venta, lo que supone reintegrar los euros recibidos por la venta de las acciones canjeadas.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 28.000€ más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero del mismo modo deberá la parte actora reintegrar el dinero recibido por la venta al FGD (9.319,72€) y la totalidad de los importes abonados como intereses a determinar en ejecución de sentencia.

SÉPTIMO.-Intereses y costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las

costas a la parte demandada, sin que quepa apreciar dudas de hecho ni de derecho.

Igualmente, la parte demandada está obligada al pago del interés legal del dinero incrementado en dos puntos de la cantidad reclamada, desde la fecha de la presente resolución hasta su completa ejecución, según preceptúa el artículo 576 de la L.E.C

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada a instancia de Dº/Dª.

representados por el Procurador D. Manuel Hernández Sanchís, contra la mercantil “Caixa Catalunya, S.A.”, representada por la Procuradora Dª. **declaro la nulidad de los contratos** de adquisición de participaciones preferentes celebrados entre la parte demandante y demandada e identificados en la presente resolución, así como del canje por acciones, por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato, y por tanto **condeno** a la demandada a la **devolución** de la suma reclamada de 28.000.- euros en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fecha de suscripción de las órdenes de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la parte actora como consecuencia de la venta al Fondo de Garantía de Depósitos y como rendimientos abonados, a determinar en ejecución de sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales;. y todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN: Notifíquese esta resolución a las partes interesadas haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de **apelación** ante la Audiencia Provincial de Valencia, mediante escrito presentado en este Juzgado, en los **veinte** días siguientes a su notificación

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido y acreditado conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Instrucción 8/2009. De no efectuarlo, se dictará auto que ponga fin al trámite de recurso, o que inadmita la demanda, quedando firme la resolución impugnada.

Líbrese **testimonio** de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévase el original al libro de sentencias de este juzgado.

Así lo acuerda y firma SS^a.

EL/LA JUEZ/A.