

SENTENCIA nº 68/14

En Blanes, a veintidós de junio dos mil catorce

Vistas por mí, D^a Elena Porras García, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num 3 de Banes, en juicio oral y público, las presentes actuaciones correspondientes al Juicio ordinario registrado bajo el número 71/2014 en el que comparece como parte demandante D. [redacted] bajo la representación procesal del Procurador/a Sr./Sra. [redacted] y asistido por el Letrado D. Ramir José Bascompte Dalmau; y como parte demandada CATALUNYA BANC SA bajo la representación procesal del Procurador/a Sr./Sra. [redacted] y asistido por el Letrado Dña. [redacted] dicto la presente resolución sobre la base de los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la actora se presentó demanda de Juicio ordinario contra la Entidad de crédito demandada en el Juzgado Decano de esta localidad en data 27 de enero de 2014, siendo posteriormente repartida a este Juzgado. En dicha demanda, sobre la base de las alegaciones y fundamentos que enumeradamente exponía y que se dan por reproducidos, suplicaba se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de los contratos de diversas adquisiciones de productos financieros, los cuales se detallan en el escrito de demanda, así como la nulidad de todas las liquidaciones generadas desde el día de los correspondientes otorgamientos, con devolución recíproca de dichas cantidades y sus respectivos intereses; todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte

demandada para contestarla, evacuando correspondiente escrito en tiempo y forma en el que se oponían a la demanda deducida de contrario por las razones y fundamentos que en dicho escrito se exponen y que se dan por reproducidos.

TERCERO.- El día 8 de mayo de 2014 tuvo lugar la celebración de la Audiencia Previa, a la que asistieron ambas partes. Ante la falta de acuerdo, ambas partes se ratificaron en sus respectivos escritos, fijaron los hechos controvertidos y a continuación se abrió fase para proposición y admisión de prueba con el resultado que es de ver en el consiguiente soporte audiovisual, quedando las partes citadas para la celebración de la vista el día 9 de junio del año en curso.

CUARTO.- Llegado el día del juicio, se practicó la prueba propuesta y admitida en la Audiencia Previa salva aquélla que fue expresamente renunciada por la parte actora, a cuya instancia se admitió, en el acto del juicio. Finalizado el periodo probatorio con el resultado que es de ver en el soporte audiovisual del acto del juicio, las partes expusieron oralmente sus conclusiones en oportuno trámite de informe, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento trae causa de la petición formulada con carácter principal por la parte actora a fin de que se declare la nulidad de los contratos de adquisición y tenencia de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, así como de las órdenes de recompra y canje de acciones de Catalunya Banc, al existir vicio en el consentimiento por parte del actor. En todos estos contratos, cuyas características se refieren a continuación, D. figura como adquirente de los antedichos productos financieros.

En primer lugar, interesa la actora la declaración de nulidad del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas que fue suscrito con la oficina que la entidad demandada posee en la localidad de Lloret de Mar en el año 2009 por importe de 3.000 euros de principal. La parte actora ya manifiesta en su escrito de demanda que carece de copia del referido contrato al aportar en tal sentido como documento número 4 de la demanda, petición escrita dirigida a la entidad demandada en fecha 10 de diciembre de 2013 a fin de obtener copia del meritado contrato. No obstante, es hecho no controvertido por las partes la realidad de la existencia de dicho instrumento contractual.

En segundo lugar, interesa la actora la declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes suscritos con la oficina que la entidad demandada posee en la localidad de Lloret de Mar. El primero de ellos se perfeccionó en fecha 9 de mayo de 2003 por un importe de 6.000 euros de principal, mientras que el segundo habría tenido lugar en data 7 de diciembre 2009 y el actor habría invertido otra suma de 6.000 euros. Si bien en el escrito de demanda la parte actora afirmaba que ambos contratos se habían celebrado en 2009, tras la contestación a la demanda y celebración de la Audiencia Previa, cabe estimar como hecho no controvertido que el primero de los contratos de

adquisición de participaciones preferentes se perfeccionó en fecha 9 de mayo de 2003 tal como apuntó la demandada, siendo que ésta aporta como documento número 1 de la contestación, movimiento de las cuentas en el que se reflejan las compras de todas las obligaciones y participaciones por parte de D. En relación al segundo contrato, de data 7 de diciembre de 2009, la actora aporta como documento número 5 resguardo de la orden de compra de las participaciones preferentes firmado por el Sr.

En concreto sostiene la actora que al tiempo de la suscripción de estos contratos tenía su voluntad viciada de nulidad por mediar error en los objetos y las causas de los contratos. Así, la parte demandante sostiene que todos estos negocios jurídicos fueron suscritos por el actor por error, esto es, desconociendo las características y los riesgos de los productos que contrataba. Así, sostienen que el actor, de setenta y cinco años de edad, es cliente minorista, ahorrador conservador cuyas únicas contrataciones hasta ese momento con la entidad demandada consistían en cuentas corrientes e imposiciones a plazo fijo y en general productos garantizados y sin riesgo alguno. La actora según afirma en su escrito de demanda, contrató con Catalunya Banc los productos cuya nulidad hoy se interesa en la creencia de que se trataba de plazos fijos o productos similares, sin haber recibido información oral o escrita alguna de las auténticas características financiera de las obligaciones subordinadas ni de las participaciones preferentes y sin que su perfil, ahorrador conservador, minorista, sin formación específica y pensionista desde los cincuenta años, pudiera permitirle conocer el alcance y las características de los productos que contrataba. Así mismo añade la actora, tales productos fueron ofrecidos al Sr. Luque por la hoy demandada, quien advirtió al demandante que los mismos se adecuaban a su perfil, confiando el Sr. en dichos consejos habida cuenta de su larga trayectoria como cliente de la oficina de Lloret de Mar.

Dicho error pues, vino motivado por la falta de información acerca, no sólo de las condiciones, sino de la propia causa o finalidad de los contratos suscritos y de los riesgos inherentes a los mismos. En tal sentido, la actora sostiene que tal error resulta imputable a la parte demandada afirmando que el actor no recibió del banco información precisa, suficiente y comprensible sobre las condiciones de los instrumentos financieros que contrataba.

Subsidiariamente, deduce la actora acción de resolución contractual de los citados contratos, ante el incumplimiento de la parte demandada de las obligaciones de información al cliente que legalmente le incumben.

Finalmente, la parte demandante solicita la nulidad del contrato de canje de de las obligaciones y participaciones adquiridas en acciones de Catalunya Banc, el cual se produjo en los meses de junio y julio de 2013 y que ambas partes convienen en su existencia. A tal efecto estima la actora la aplicabilidad por propagación a este contrato subsiguiente, de los efectos de la nulidad de los contratos anteriores, máxime cuando el canje de acciones se presentó al cliente como un imperativo legal. En este sentido, la actora sostiene que el hecho de que ulteriormente el Sr. decidiera vender las acciones de Catalunya Banc al Fondo de Garantía de Depósito (documentos 7 y 8 de la demanda), en nada empece para decretar la nulidad del canje, toda vez que, habiendo recibido el Sr.

con ocasión de dicha venta la suma de 6.321,42 euros, sería dicha suma lo que restituiría a la entidad demandante en lugar de las acciones canjeadas, ya que, éstas, tal como ambas partes convienen, se hallan en manos del Fondo de Garantía de Depósito, tercero ajeno a este procedimiento cuya adquisición, además, no resulta impugnada.

Por su parte, la representación procesal de la parte demandada interesa la desestimación de las pretensiones deducidas de contrario. A tal efecto niega la existencia de vicio alguno en el consentimiento otorgado por la actora, añadiendo a tal efecto que la posible existencia de error como vicio del consentimiento no debe considerarse invalidante de la relación contractual toda vez que dicho error es imputable al demandante quien, pese a haber sido debidamente informado por la entidad bancaria de las condiciones y riesgos de los contratos de adquisición y ulterior canje de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, decidió libre y voluntariamente suscribir el contrato cuya nulidad hoy se pretende.

Así mismo, la parte demandada manifiesta que no existió por su parte incumplimiento de sus deberes legales de información, ya que la entidad bancaria actuaba como mera intermediaria y comercializadora del producto financiero, sin asumir labor alguna de asesoría frente al cliente. Precisamente sobre la base de esta alegación, la parte demandada entiende que, en cualquier caso, las acción de anulabilidad se encontraría caducada por mor del artículo 1301 CC, al haber transcurrido más de cuatro años desde la celebración de todos los contratos cuya nulidad se interesa.

En relación al canje de acciones y ulterior venta de las mismas al FGD por parte del actor, la demandada sostiene que tales actos han de considerarse convalidantes de cualquier tipo de nulidad que se hubiese producido al adquirir las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes, dado que, al canjear y ulteriormente vender las acciones a tercero, el Sr. Luque era consciente de que hacía imposible cualquier eventual restitución de prestaciones.

Finalmente debe matizarse que las partes discuten a cerca del régimen jurídico aplicable a los contratos cuya nulidad se interesa. Así la demandada advierte en relación a los contratos de fecha anterior al año 2008, que no resulta de aplicación la ley 47/2007 y el Real decreto 217/2008 que incorporan la normativa MIFID a nuestro derecho interno de conformidad con lo previsto en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004. Tal regulación, modificadora de la Ley del Mercado de Valores, exige que las entidades que prestan sus servicios de inversión mantengan en todo momento adecuadamente informados a sus clientes con una información imparcial, clara y no engañosa debiendo obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto para evaluar si el mismo es adecuado a las necesidades de aquél. Al amparo de esta alegación, la entidad demandada entiende que, al menos al primer contrato de adquisición de participaciones preferentes de data 9 de mayo de 2003 no le resultan de aplicación lo dispuesto en el artículo 79 y concordantes de la LMV, que establecen unos deberes especiales de

información a cargo de las entidades financieras en relación a la contratación de los productos de inversión que ofrecen, por lo que según alega dicha parte, en la medida en que el clausulado del contrato contuviese una descripción fidedigna del objeto y condiciones del mismo, no cabría hablar, no ya de error excusable, sino ni tan si quiera de error, toda vez que el consentimiento prestado por el demandante habría sido un consentimiento informado al amparo de la regulación prevista en la Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, especialmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la citada ley.

SEGUNDO.- Expuestos los extremos de la controversia debe determinarse a continuación la acción ejercitada por la actora y el régimen jurídico que le resulta aplicable. Solicita el actor que se declare la nulidad de los contratos referidos en el fundamento jurídico anterior y que se ordene la restitución de las prestaciones y liquidaciones efectuadas por las partes a consecuencia de dichos contratos, con expresa obligación de abonar el interés legal devengado por dichas cantidades.

Si bien se menciona el concepto de nulidad del contrato, técnicamente hablando la controversia debe analizarse al auspicio de la regulación de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento prevista en el artículo 1300 CC que establece que "Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 CC (consentimiento, objeto y causa) pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley".

Efectivamente, y respecto de los vicios en el consentimiento, señala el artículo 1265 CC que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Por tanto, y en relación con el consentimiento contractual, habría que diferenciar la inexistencia de voluntad que implicaría la nulidad absoluta o inexistencia del contrato, de la existencia del acto volitivo que se emite como consecuencia de un proceso de previo de formación de la voluntad que se halla viciado de dolo, violencia, intimidación o error y que daría lugar a la anulabilidad del contrato con los efectos previstos en los artículos 1303 y ss CC: nulidad de la relación contractual y restitución de las prestaciones pactadas y ejecutadas.

De entre los vicios del consentimiento que expresa el artículo 1265 CC, la parte actora invoca la existencia de error. A tal respecto, señala el artículo 1266 CC 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".

Por su parte la jurisprudencia ha ido decantando los requisitos del error invalidante, a cuyo efecto citamos por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989 que se pronuncia como sigue "... Para que el error en el consentimiento invalide el contrato conforme a lo dispuesto en el art.1265 C.c. es indispensable que: a) recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración-art.1261.1 del C.c.- (STS.

16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964); b) que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (S.T.S. SS 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1964); c) que no sea imputable a quien lo padece (S.T.S. de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957), y d) que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (S.T.S. 14 de julio de 1943, 25 de mayo 1963 y 18 de abril 1978)" .

Sentado lo anterior, para que la pretensión deducida por la actora prospere debe acreditarse que efectivamente D. Diego manifestó su voluntad contractual sobre la base de un error en la formación de la misma provocado por la inexistente o insuficiente información proporcionada por el banco en relación al producto que contrataba, siendo ese error excusable, es decir, no imputable a la conducta observada por la actora.

TERCERO.- A tal efecto, y para poder determinar tanto los niveles de diligencia exigidos a las partes como la propia existencia de error sobre el objeto del contrato y sus condiciones esenciales, debe analizarse en primer lugar la propia naturaleza de los instrumentos financieros contratados.

Se denomina "Participaciones Preferentes" a aquellos títulos emitidos a perpetuidad por una sociedad con una rentabilidad generalmente variable y no garantizada y que no confieren a su poseedor, ni participación en el capital, ni derecho a voto, ni derecho de suscripción preferente. El rendimiento de las participaciones preferentes suele ser fijo durante el primer período, mientras que en el resto de períodos suele ser variable y el rendimiento a percibir por el inversor está condicionado a que la sociedad emisora obtenga beneficios distribuibles. Si la entidad no tuviera beneficios distribuibles, el tenedor de la participación preferente no percibe la remuneración de ese período.

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. El artículo 7 de dicha ley establece que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

En cuanto a las características de las participaciones preferentes citamos por todas, y por lo reciente de su dictado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de fecha 17 de enero de 2014, la cual señala que las obligaciones preferentes tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su

grupo o subgrupo consolidable. Así mismo señala dicha resolución que las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable y delante de los accionistas ordinarios y en su caso de los cuotaparticipes. Así, resume la citada resolución que "Los aspectos principales de las participaciones preferentes, son: 1) No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la disposición adicional segunda, que en los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes. 2) En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También debe mencionarse que la liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca".

En relación con las obligaciones subordinadas cabe reseñar que sus caracteres son parecidos a los de las participaciones preferentes. Así, las obligaciones subordinadas constituyen una alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores de la entidad. Esto implica que si la sociedad emisora de los valores no pudiera hacer frente a sus pagos, los acreedores comunes y los titulares de obligaciones simples tendrían preferencia en el cobro. El precio de la postergación en el orden de prelación de créditos lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas.

Cabe reseñar que las características predicadas de las participaciones preferentes son aplicables a las obligaciones subordinadas, siendo que a los efectos que aquí se estudian, la principal diferencia radica en que en caso de quiebra de la sociedad emisora, las obligaciones subordinadas están por delante de las preferentes.

Vistas tales características, no es de extrañar que tanto las obligaciones subordinadas como las participaciones preferentes tengan la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos

aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación.

Es por ello que tal circunstancia unida a las propias características del clausulado que suelen regular estos contratos arrojan como resultado el hecho de que resulta harto difícil para un cliente medio comprender el calado y aun el contenido de las obligaciones que contrae con su suscripción, si previamente a la firma del contrato, no se recibe de parte de la entidad bancaria información a cerca, no sólo del objeto y finalidad y características de las obligaciones subordinadas y/o participaciones preferentes, sino también del mecanismo de su funcionamiento en el mercado y por supuesto de los riesgos que entrañan para el cliente, ya que la aleatoriedad de las prestaciones que de dichos contratos se derivan, depende de elementos ajenos a la propia voluntad de las partes, como es la volatilidad de los intereses fijados en los mercados financieros.

Son precisamente estos argumentos los que han conducido al legislador a establecer la obligación de información de la entidad bancaria al contratante de los servicios financieros. Y dicha obligación, como a continuación se expondrá, no es soslayable por el hecho de que la contratación fuera anterior a la reforma operada sobre la Ley del Mercado de Valores por la ley 47/2007 de 19 de diciembre, ni tampoco por el hecho de que la labor llevada a cabo por el Banco demandado merezca la calificación de actividad puramente intermediaria y de comercialización o de actividad de asesoramiento, en aquéllos casos en los que, como en el presente, el cliente merece la consideración de minorista. Estas afirmaciones son fácilmente colegibles de lo expuesto por la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gerona en data 28 de enero de 2014, en referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2011, siendo que por lo ilustrativo a continuación referimos un extracto:

“Pues bien en dicho análisis, debe recordarse que, en estos momentos, el deber de información de las entidades financieras sobre la adquisición de productos bancarios complejos se regula por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 y siguientes y por los arts. 60 y siguientes 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 Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

En el presente caso, la sociedad demandante, es un cliente que entra dentro de la categoría de minorista. En efecto, a tenor del artículo 78 bis. 4 de la Ley de

Mercado de Valores, Ley 24/1988, de 28 de julio, "Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales". Cliente minorista es pues todo aquel que no es cliente profesional ni contraparte elegible, fundamentalmente la mayor parte de clientes particulares y PYMES.

Conforme al art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Más concretamente, conforme al meritado artículo 79 bis. 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, estableciendo diferentes niveles de información, dependiendo del momento contractual y de la clase de cliente de que se trate, debiendo la precontractual versar sobre la entidad y los servicios que presta, sobre los instrumentos financieros, sobre el coste y los gastos ocasionados.

Sin embargo, este deber de información ya venía impuesto por la Ley 24/1998, de 24 de julio de Mercado de Valores modificada por la Ley 37/1998 y por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, de Normas de Actualización de los Mercados y Registros Obligatorios, vigente hasta el 27 de diciembre de 2008, que establecía claramente la obligación de información al cliente sobre las operaciones a realizar al señalar en el art. 16 que: "1. Las Entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación. 2. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, las Entidades estarán obligadas siempre que lo solicite el cliente a proporcionarle toda la información concerniente a las operaciones contratadas por ellos."

El Código General de Conducta de los Mercados de Valores Anexo del Real

Decreto 629/1993, de obligada aplicación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 del mencionado Decreto establecía a su vez en el art. 4. Información sobre la clientela. "1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer. 2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita. 3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes. Y en el art. 5 Información a los clientes 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. 2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 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. 4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones. 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. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida. 7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán: a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes, b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento. b. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor. c. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía."

Aplicándolo al caso presente, ya hemos referido anteriormente de forma reiterada en los fundamentos anteriores la naturaleza, la normativa e información a que estaba obligada la entidad apelante frente a los actores, que incluso

hallándonos ante una operación de comercialización y no de asesoramiento la entidad queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el art. 79.7 de la Ley del Mercado de Valores .

Finalmente, y habida cuenta de la condición de consumidor que ostenta el Sr. Luque, ha de ponerse de manifiesto que resultan de aplicación las disposiciones contenidas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Así, su artículo 20 establece, en su apartado primero que "Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo". Además el artículo 59 en su apartado tercero establece que "los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación".

No obstante lo expuesto, y por si quedase alguna duda, la valoración de la prueba practicada conduce a estimar que la labor de la entidad demandada no se limitó a ejecutar las órdenes de compra ordenadas por el actor. Y ello no sólo se extrae de la consideración de datos colaterales, como la edad de D. o su inexperiencia en materia de contratación financiera, máxime si tenemos en cuenta que, al menos en la entidad demandada y con carácter previo a la adquisición de los instrumentos financieros cuya nulidad hoy se pretende, el Sr.

únicamente había contratado depósitos indexados o a plazo fijo. Así se deduce no sólo de los documentos números 2 y 3 aportados por la demandante que recogen una imposición a plazo de un año por 12.000 euros y un depósito indexado a dos años por 6.000 euros, ambos suscritos en el año 2007 entre los hoy litigantes; sino también de lo manifestado por el testigo Sr.

Así, el Sr. quien trabajó durante más de dieciséis años como empleado de la demandada en la oficina de Lloret, afirmó que el Sr. , lo único que tenía en Catalunya Banc eran productos a plazo fijo, añadiendo así mismo que si bien era cierto que el actor poseía fondos de inversión en , dichos fondos tenían muy poco riesgo de pérdida de capital. A tal efecto, el Sr. manifestó igualmente que, si bien el Sr. era una persona preocupada por sus ahorros y que pretendía obtener de ellos la máxima rentabilidad posible, sostuvo que, en cualquier caso, el Sr. era cliente conservador, no dispuesto a productos agresivos ni con riesgo de pérdida de capital, añadiendo que el ofrecimiento de las participaciones preferentes y de la deuda subordinada se lo hizo el Banco, no partiendo pues la intención de compra del cliente, sino del ofrecimiento del Banco, quien los sugería como producto alternativo al depósito y con un riesgo despreciable respecto a potenciales pérdidas del capital. Así pues, el Sr. en la confianza que le daba ser cliente desde hacía años de la demandada (tal como manifestaron tanto el Sr. como la Sra.), se limitó a aceptar la oferta del Banco, confiando en que los productos que adquiriría respondían a las características que la entidad demandada en su momento le refirió y que, como expondremos posteriormente, resultaron no ajustarse a la realidad.

Así, es claro que en el caso que nos ocupa, era la demandada y no la actora la que llevaba la iniciativa en la contratación, siendo la entidad bancaria quien ostentaba el dominio sobre el abanico de productos que ofrecieron a la actora como adecuados a su perfil. Es por esta misma razón que no cabe estimar, tal como sostiene la demandada que la acción de anulabilidad ejercitada se encuentre prescrita. En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo en cuya virtud, una parte, el demandante, adquirió productos financieros que formaban parte del activo de la sociedad que los vendió, esto es, de la demandada. De esta manera, Catalunya Banc no sólo se obligaba a la entrega de los títulos valor a través de la ejecución de la orden de compra, sino también a liquidar periódicamente a favor del actor los intereses o rentabilidad de los títulos adquiridos, como así demuestra el propio documento número 1 aportado por la demandada junto a su contestación.

Es por tal motivo que pese a las fechas en que se formalizaron o perfeccionaron cada uno de los contratos cuya nulidad se pretende, no cabe estimar que las mismas constituyan el momento inicial del cómputo del plazo de 4 años que prevé el artículo 1301 CC, que por otra parte, debe entenderse de prescripción y no de caducidad. Muy al contrario, dicho plazo de cuatro años empezará a contar desde la consumación del contrato, de suerte que, en este tipo de supuestos en los que la consumación es sucesiva (puesto que en virtud de la financiación que el banco obtiene del cliente la entidad se obliga al pago periódico del precio o interés de remuneración), tal momento debe buscarse bien en la amortización del título, bien, como sucede en este supuesto, en su canje por acciones en el año 2013.

Esta misma postura aparece refrendada por la Sentencia del Tribunal Supremo de data 11 de junio de 2003, la cual señala que "Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes". Así, la precitada doctrina es acogida en supuestos como el que hoy nos ocupa por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de data 18 de diciembre de 2013, que distingue para la determinación de la consumación del contrato de adquisición de participaciones preferentes y deuda subordinada, según dicha adquisición se refiera a títulos emitidos por la propia entidad que ejecuta la orden de compra o por entidad distinta de ésta última. Así, dicha resolución, citando aquella otra dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 19 de junio de 2013, señala que "es irrefutable que en el día de la perfección de los contratos de adquisición de participaciones preferentes éstos no quedaron consumados, por la elemental razón de que en dicho día ni por asomo podían haber quedado cumplidas completamente las prestaciones u obligaciones asumidas en los mismos, por ambas partes contratantes... porque dicha entidad financiera no se limita, en este supuesto a realizar o materializar una labor de mera intermediación que viniera agotada en unas órdenes de compra de valores o títulos que le verifica el cliente [...] sino que como esas participaciones preferentes no lo eran de un tercero ajeno a esta relación... tras la ejecución del mandato de compra de tales valores por el banco, este, de modo simultáneo e inescindible, asumió frente a la contraparte una serie de prestaciones y obligaciones, a cumplir en el tiempo con carácter indefinido, algunas de las cuales lo eran las de la remuneración por la tenencia

de este producto financiero y las de su devolución pasados todos los años que uno quisiera imaginarse en ese momento”.

CUARTO.- Establecido pues el carácter complejo de los productos financieros cuya nulidad se pretende y el deber legal de la entidad bancaria en lo que al suministro y captación de información se refiere, debe a continuación analizarse si efectivamente la entidad demandada cumplió con dicho deber y, en caso negativo, si dicho incumplimiento fue susceptible y hábil para provocar error en el consentimiento de la actora.

Lo primero que ha de destacarse en este contexto es que la carga de la prueba de la existencia, adecuación y suficiencia de la información compete a la entidad demandada, máxime en supuestos en los que, como en este caso, ha sido la entidad bancaria quien propone u ofrece un producto financiero complejo al cliente, asumiendo así la iniciativa de la contratación. En este sentido se pronuncian entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de marzo de 2013 o al de la Audiencia de las Islas Baleares de 3 de noviembre de 2012. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de data 17 de junio de 2010, siguiendo la línea jurisprudencial que ya marcara la STS de data 4 de enero de 1982, establece que “Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en la defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del artículo 2 de la orden ministerial de 7 de octubre de 199 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión”.

En el presente caso, de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio no cabe estimar acreditado que Catalunya Banc ofreciese al cliente la información necesaria para que éste pudiera juzgar la conveniencia o inconveniencia de la suscripción de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes. En tal sentido es claro e ilustrativo que ni la documental aportada por la entidad demandada ni las testificales de los empleados que desarrollaban su trabajo en la oficina de Lloret de Mar al tiempo de la contratación cuya nulidad se pretende, permitieron probar a la entidad financiera la referida diligencia en materia de suministro y captación de información. Así, Sr. Rovira y la Sra. Jiménez realizaron en el plenario una serie de consideraciones que conviene analizar.

En primer lugar, del mismo modo que venía sosteniendo la actora en su demanda, manifestaron, con más contundencia el Sr. , que al menos en la entidad demandada y con carácter previo a la adquisición de los instrumentos financieros cuya nulidad hoy se pretende, el Sr. únicamente había contratado depósitos indexados o a plazo fijo. Como se expuso antes, tal afirmación no sólo es compatible con los documentos números 2 y 3 aportados por la demandante que recogen una imposición a plazo de un año por 12.000 euros y un depósito indexado a dos años por 6.000 euros, ambos suscritos en el

año 2007 entre los hoy litigantes; sino también con lo manifestado por los antedichos testigos, quienes afirmaron que el Sr. [redacted], lo único que tenía en Catalunya Banc eran productos a plazo fijo, añadiendo el Sr. [redacted] que si bien era cierto que el actor poseía fondos de inversión en [redacted] dichos fondos tenían muy poco riesgo de pérdida de capital. A tal efecto, el Sr. [redacted] manifestó igualmente que, si bien el Sr. [redacted] era una persona preocupada por sus ahorros y que pretendía obtener de ellos la máxima rentabilidad posible, sostuvo que, en cualquier caso, el Sr. [redacted] era cliente conservador, no dispuesto a productos agresivos ni con riesgo de pérdida de capital, añadiendo que el ofrecimiento de las participaciones preferentes y de la deuda subordinada se lo hizo el Banco.

Por otro lado, tanto la Sra. [redacted] como el Sr. [redacted] manifestaron no recordar detalles concretos de la negociación y contratación de participaciones preferentes y de deuda subordinada por parte del Sr. [redacted]. En concreto el Sr. [redacted] manifestó que desde 2003 o 2004 ya no trabajaba en la oficina de Lloret de Mar, mientras que la Sra. [redacted] manifestó no recordar a partir de qué año comenzó a tener potestad para contratar con clientes, si bien refirió que quizás a partir de 2009 o 2010. Así las cosas, no se ha practicado prueba alguna que permita acreditar, en el caso de las contrataciones efectuadas por el Sr. [redacted] cuál fuera la concreta información que se le suministró, ni oral ni escrita, tampoco si se le realizaron o no test de conveniencia o de idoneidad, ni aún si quiera en qué forma y manera se produjo el intercambio de información entre la entidad bancaria y el cliente a fin de comprobar, de un lado que el Sr. [redacted] entendía lo que contrataba y de otro que dicho contrato era adecuado al perfil del Sr. [redacted]. Es por ello que ninguna trascendencia puede concederse al comentario de la Sra. [redacted] cuando afirmó en el plenario que creía que el Sr. [redacted] comprendió la diferencia entre los depósitos y la deuda subordinada o las preferentes, ya que ni tan si quiera ella misma pudo recordar la concreta información o detalles que la entidad bancaria suministró al actor para favorecer dicha comprensión, toda vez que ningún testigo puedo describir cuál fuera la información que la demandada facilitó al actor con ocasión de dichas operaciones, ni tan siquiera aseverar que dicha información se le había de hecho facilitado, ni tampoco afirmar recordar haber entregado tan si quiera algún folleto informativo con carácter previo o simultáneo a la contratación, esto es, no resulta acreditado que los folletos adjuntados por la demandada a los autos hubieran sido efectivamente entregados al actor.

Por su parte y en relación al primero de los contratos cuya nulidad se pretende, esto es, la adquisición de preferentes en el año 2003, el testigo Sr. [redacted], único de todos los testigos que a tal fecha trabajó en la oficina de Lloret de Mar, manifestó no recordar exactamente las circunstancias y el modo en el que se desarrolló la negociación con el Sr. [redacted]. Sin embargo sí sostuvo de forma firme y contundente que era él quien perfeccionaba en esas fechas este tipo de contratos con los clientes de Catalunya Banc y que la información que transmitía a los clientes era la que a su vez les transmitió a ellos la Caja. A tal efecto, el Sr. [redacted] manifestó que la entidad bancaria a través de sus trabajadores, comercializaba este tipo de productos como instrumentos similares a las obligaciones de una gran empres, con "muy poco riesgo" en relación a posibles pérdidas de capital, dado que la garantía era la Caja y como la Caja a su vez

estaba garantizada por el Estado, el riesgo era mínimo. Así mismo, el Sr. manifestó que indicaba a sus clientes que en unos quince días podrían liquidar el título adquirido en el mercado secundario. Indicó así mismo que, si bien con la aquiescencia de la CNMV y del Banco de España, estos productos se comercializaban para clientes de perfiles prudentes. A tal respecto y a través de una amplia explicación el Sr. Rovira, quien en la actualidad aún trabaja para la mercantil demandada, expresó como el devenir del tiempo ha mostrado que estos productos llevaban aparejado un riesgo elevado de pérdida de capital y que, de haberlo conocido, nunca los hubiera ofrecido al Sr. toda vez que siendo éste un cliente conservador y con aversión al riesgos sensibles, ni las participaciones preferentes ni las obligaciones subordinadas se adaptaban a dichos caracteres. A tal efecto el testigo añadió que, desde su larga experiencia en la banca, el paso del tiempo demostró que tales productos no eran indicados en absoluto para clientes con renuencia al riesgo, afirmando que, de haberlo sabido desde un principio, no sólo no hubiera recomendado a los clientes como el Sr. su adquisición, sino que "no se las hubiera vendido a nadie". En tal sentido, si bien de forma espontánea y más accesible, el Sr. vino a corroborar las consideraciones vertidas en esta resolución respecto a las características de los productos contratados por el actor, afirmando al efecto que no son indicados para clientes que no quieran asumir riesgos para sus ahorros.

Así, no habiendo acreditado la entidad demandada cuál fuera la concreta información que facilitaron al Sr. y siendo que a partir de las testificales y documental obrante en autos, cabe suponer que dicha información no debió ser distinta a los extremos que acaban de exponerse, no cabe estimar que la entidad financiera cumpliera con los deberes legales de acceso y suministro de información al cliente que le competían. Así pues, resulta plausible la afirmación de la parte demandante al sostener que cuando éste contrató las preferentes y las subordinadas lo hizo sin tan si quiera saber qué era lo que realmente contrataba, creyendo que se trataba de un producto similar a un depósito sin riesgo y cuya recuperación a favor del ahorrador era sencilla y a corto plazo.

Así mismo, a la vista de las manifestaciones del Sr. , este juzgador alberga dudas a cerca de que los propios empleados de la demandada conocieran en profundidad los caracteres de los productos que ofrecieron al actor, al menos en el momento en que tuvo lugar la primera de las operaciones, esto es, en el año 2003. Es por ello que difícilmente el actor pudo tener ni tan si quiera una idea aproximada de en qué consistían los instrumentos que contrataba.

Las conclusiones extraídas del análisis de la prueba testifical no se desvirtúan tras el análisis de la documental acreditativa de la realidad de los contratos aportada por la demandada y por la propia actora, en la que aparece la firma de D. como adquirente. Sirva señalar que, incluso aunque obviáramos las manifestaciones vertidas por el testigo Sr. en relación a la contratación de participaciones preferentes de data 7 de diciembre de 2009, la Sra. reconoció la orden de compra aportada por la actora como documento número 5, en el cual se hace constar que el perfil del producto es conservador y que está indicado "para inversores que quieren asumir pocos riesgos o con un plazo de inversión muy corto". Así pues, la información escrita cuyo suministro al cliente

ha sido acreditada no resulta idónea para formar en D. , ni en ningún cliente medio de los servicios bancarios, conciencia del tipo de productos que se contrataba y del riesgo asumido. Así pues, la entrega de copia de la orden de compra y aún en su caso, de los contratos, no resultan per se suficientes para forjar el consentimiento libre y consciente del adquirente sobre su objeto y causa. Y ello porque la complejidad de los términos y condiciones que en ellos se describen hubieran precisado que el Banco facilitara a la actora una información precontractual anterior que permitiera a ésta último adquirir pleno conocimiento de las implicaciones de los instrumentos que contrataba y aún reflexionar sobre la conveniencia del mismo. Efectivamente no obra en la causa prueba ni documental ni testifical que acredite que efectivamente el banco suministró al actor dicha información

Amén de la necesidad de ofrecer información al cliente a cerca del producto que contrata, la regulación actual de la Ley del Mercado de Valores (artículo 79.7) obliga además a la entidad bancaria a analizar la conveniencia de dicha contratación desde la perspectiva de su cliente. Es decir, la entidad viene obligada a obtener los datos precisos para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, lo que supone una nueva obligación para las entidades financieras. En tal sentido, la Sentencia de la Audiencia de Girona de data 28 de enero de 2014 ya señala que "la información genérica sobre las características y riesgos del producto deviene insuficiente, siendo preciso, además, una decisión de la entidad sobre la conveniencia de la inversión, que se traduzca en una información al inversor individualizada y personalizada, hasta el punto de que pueda entenderse que la decisión inversora se forma en un proceso cooperativo en el que participa limitada y reglamentamente la propia entidad financiera". En el caso que nos ocupa, la entidad demandada tampoco prueba haber cumplido con tal deber. De hecho, en el mencionado documento número 5, que corresponde a adquisición de preferentes en el año 2009 se hace constar que no ha sido posible realizar el test de conveniencia, sin que conste tampoco si en el año 2003 se extrajo información sobre el perfil del cliente y su adecuación al producto a contratar.

En este orden de cosas y en relación a las manifestaciones que la entidad bancaria incluye en estos contratos y órdenes de compra según las cuales, a la firma de los mismos, el cliente reconoce quedar enterado de las características y riesgos de los productos que contrata, la jurisprudencia viene despojando de valor probatorio a dichas referencias escritas e incluidas por defecto en este tipo de contratos cuando la actividad probatoria desarrollada en el plenario no acredita, como en el caso que nos ocupa, que la entidad bancaria desplegara una conducta proactiva, didáctica y suficiente para que el cliente efectivamente adquiriese conocimientos sobre los productos que contrata, ya que sólo desde dicho conocimiento está habilitado para decidir si quiere o no quiere asumir el riesgo de la contratación. En este sentido cabe citar la sentencia de 15 de marzo de 2.013 de la sec. 5ª de Oviedo en relación a la introducción en el contrato de una declaración de ciencia, suscrita por los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, recoge "no implica necesariamente que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, ni constituye una presunción "iuris

et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información [...] En el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor la formación es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual".

Lo expuesto es del todo compatible con lo señalado en el artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que estima cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios", lo que implica que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refiere son inexistentes o "ficticios", como literalmente se expresa en el texto legal.

Así pues, acreditado conforme a lo expuesto la absoluta falta de cumplimiento por parte de la demandada de los deberes de información que frente a su cliente le competían, resulta acreditado que D. [redacted] firmó la adquisición de los productos cuya nulidad se pretende en el error de que lo que firmaba eran productos similares a los que hasta entonces había tenido, esto es, depósitos a plazo fijo, libretas bancarias y productos en definitiva sin riesgo o con riesgo escaso asociado al capital, vencibles a corto plazo y líquidos. Tal circunstancia, esto es, el nexo causal entre la falta de diligencia de la entidad demandada y el error producido en la actora, ha de analizarse al albur de las características concurrentes en el caso que nos ocupa, las cuales conducen no sólo a estimar la existencia de error, sino a calificar éste último como excusable. Y tales características descansan, conforme a lo ampliamente analizado, de un lado, en el carácter complejo de los productos contratados, de otro, en la falta de información por parte del banco a la actora de las características de los mismos y, finalmente de la inadecuación de una inversión como la realizada al perfil de un cliente como D. [redacted]. Así, recuérdese que el Sr. [redacted] contaba ya con más de sesenta años y era pensionista cuando se inició la contratación de estos productos, los cuales llevan aparejado no sólo un evidente riesgo de iliquidez sino también de volatilidad, que la actora, tal como recoge la propia documentación suministrada por el banco y tal como señalaron los testigos, carece de experiencia en materia de contratación financiera al nivel que exigen este tipo de instrumentos, posee estudios básicos según sostiene la demandante y nunca antes había contratado producto alguno con semejante nivel de riesgo, aceptando la suscripción de las obligaciones y participaciones sobre la base de la confianza que tenía para con la entidad demandada. En tal sentido resulta evidente que los contratos de depósitos a plazo fijo, cuentas o libretas que hasta el momento tenía D. [redacted] en la entidad demandada, son contratos bancarios tan simples y comunes que en modo alguno pueden justificar ninguna experiencia o conocimiento financiero en el Sr. [redacted] que le hicieran más cercano o comprensible el contenido y funcionamiento de un producto complejo y específico como son las obligaciones subordinadas o las participaciones preferentes.

Por tanto, examinadas las circunstancias del caso concreto tal como exige la

reciente jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en esta materia, no cabe si no declarar la falta de diligencia de Catalunya Banc, que no suministró la suficiente información a su cliente, la hoy actora, a cerca de las condiciones y términos de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas y de participaciones preferentes.

Dicha falta de diligencia por parte de la entidad bancaria, más allá de las consecuencias que pueda tener en el ámbito administrativo que exceden del ámbito de esta litis, determinó un error esencial y no imputable al actor sobre objeto y la causa de dichos contratos que debe conducir, ex artículo 1265, 1266, 1300 y 1303 CC a la declaración de la nulidad de los mismos y a dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir, con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia de los contratos.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TS de fecha 18 Abril 2013 al señalar que "es obligación de los bancos recabar de sus clientes datos sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión e informar de manera clara y transparente sobre los riesgos de las operaciones contratadas [...] Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes." Dicha sentencia entiende que una actuación diligente y de buena fe por parte de la entidad bancaria exige que se pusiera de manifiesto la incoherencia entre el perfil elegido y los productos de inversión aceptados para asegurarse de que la información era clara y había sido entendida. Concretamente, dice el Tribunal Supremo, que la información debe incluir la comprensión del funcionamiento operativo y los riesgos del producto que se suscribe. Cabe también mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de data 18 de diciembre de 2013, en la que se acepta la tesis de la nulidad por insuficiente información, bajo el argumento de que, "el deber de información impuesto legalmente a las entidades financieras era y es bien evidente y en todo caso la norma actual todavía lo ha reforzado mas".

QUINTO.- Siendo pues procedente declarar la nulidad de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas y de participaciones preferentes por parte de la actora, resta por analizar únicamente los efectos de dicha nulidad sobre el ulterior canje de tales productos en acciones de Catalunya Banc y su posterior venta al Fondo de garantía de depósito.

Dicho canje, que inicialmente fue ofrecido por casi todas las entidades bancarias a los clientes tenedores de deuda subordinada y participaciones preferentes, es público y notorio que con posterioridad devino obligatorio por virtud de la entrada en vigor del Real Decreto 6/2013. Así, la resolución de la comisión rectora del fondo de reestructuración ordenada bancaria (FROB) de 7 de junio de 2013 impuso a la entidad demandada la recompra obligatoria de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas y su canje por acciones. A continuación, el Fondo de Garantía de depósito ofertó la adquisición de las

acciones canjeadas por Catalunya Banc, siendo que el Sr. Luque accedió a dicha venta tal como acreditan los documentos 7 y 8 de la demanda. El resultado, en términos de principal de la inversión efectuada, es que el Sr. compró participaciones y deuda subordinada por importe de 15.000 euros y recibió del FGD, tras la venta de las acciones por las que canjeó aquéllos títulos, la suma de 6.321,42 euros.

En primer lugar, se ha de traer a colación la teoría, construida jurisprudencialmente, de propagación de la ineficacia contractual a los negocios jurídicos anejos a aquél declarado nulo, en virtud de la cual, la ineficacia de un contrato puede extenderse a otros que guarden relación con el negocio declarado inválido no sólo cuando exista un precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior la causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido. En igual sentido al que nos ocupa, se ha de citar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 17 de junio de 2010. Por ello, y partiendo de la doctrina expuesta, toda vez que es indudable que el contrato de canje de obligaciones subordinadas por acciones de Catalunya Banc, concertado entre las partes, deriva de los anteriores contratos que ha sido declarados nulos y toda vez que el contrato de canje carece de sentido sin el precedente de compra de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, procede así mismo, la declaración de nulidad del contrato de canje de acciones de Catalunya Bank de fecha de 2013.

Dicha conclusión se alcanza así mismo vía art. 1208 CC al señalar que “la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”, de forma que la relación que se extingue (compra de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes), y la que nace por efecto de la novación extintiva (canje por acciones) están ligadas por una relación de causa a efecto.

En cuanto a la pretendida convalidación de los contratos que sostiene la demandada, el art. 1309 CC establece que “la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente”, el art. 1310 que “sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el art. 1261” y el art. 1311 CC que “la confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”. La confirmación es pues un acto negocial, que requiere una voluntariedad por quien proceda a la confirmación del contrato viciado, requiriendo dicha confirmación para ser tal, de conformidad con el art. 1311 CC, que se realice con conocimiento de la causa de nulidad, habiendo ésta cesado, y llevando a cabo, el que pretende confirmarlo, un acto del que se derive su voluntad de confirmarlo.

En el caso que nos ocupa la prueba practicada conduce a acreditar que la actora no pudo prestar su consentimiento de forma totalmente libre ni al canje de sus títulos por acciones ni ulteriormente a la venta al FGD de las mismas. Así, el

demandante se vio abocado a aceptar el canje por disposición estatal sin que, tal como confirmó la testigo Sra. [redacted] en el acto de la vista, tuviese ningún poder de negociación ni sobre las condiciones del canje ni luego sobre las condiciones de la venta. Así, la Sra. [redacted] empleada de la demandada, sostuvo que, al tiempo del canje, desde la entidad demandada informaron al Sr. [redacted] y a los demás clientes de la entidad en su misma situación que, en primer lugar, el canje era obligatorio y, en segundo término, que canjeadas las acciones, quedaban al Sr. [redacted] dos alternativas. La primera de ellas pasaba por conservar las acciones, con el consiguiente mantenimiento del riesgo de que éstas pudieran perder valor, como de hecho sucedió. La segunda, venderlas al FGD al precio y bajo las condiciones legalmente establecidas y predispuestas. Así pues, el Sr. [redacted] al vender al FGD no hizo sino lo único que estaba en su mano para, después de varios años, recuperar parcialmente su inversión. En dichas condiciones ninguna virtualidad convalidante de la nulidad de los contratos de deuda subordinada y participaciones preferentes cabe conceder a la actuación de D. [redacted], a quien, tal como manifestó la Sra. [redacted] se le advirtió de hecho que, aunque vendiese al FGD sus acciones, nada obstaba para que pudiese acudir a la vía judicial para tratar de recuperar el resto del principal de su inversión, haciendo constar D. [redacted] que tal era su intención cuando suscribió el documento número 11 de los que se adjunta con la demanda.

Así pues, descartada la convalidación de los contratos cuya nulidad se pretende mediante el canje de acciones y su ulterior venta resta únicamente por añadir que ésta última no impide el desarrollo de los efectos restitutorios propios de la anulabilidad de los contratos. Y ello porque nos encontramos ante un supuesto de hecho reconducible al ámbito del artículo 1307 y no del 1314, ambos del CC, de suerte que, en aplicación del primero de dichos preceptos, el Sr. [redacted], al no poder devolver a Catalunya Banc las acciones canjeadas (porque estas se encuentran válidamente enajenadas al FGD) cumplirá con los efectos propios de la restitución entregando los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, esto es, cuando enajenó las acciones, con los intereses desde tal fecha. Se trata pues de una "pérdida" no atribuible ni al dolo ni a la culpa del demandante, al cual, como se ha expuesto, no le quedó otra vía para poner a salvo, al menos parte de la cantidad en su día invertida, que vender las acciones canjeadas, no obteniendo provecho alguno distinto de dicha precaución.

SIXTO.- Respecto de las costas ocasionadas por el presente proceso, al ser total la estimación de la demanda y por aplicación del apartado primero del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil corresponderá su abono a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D. _____ contra CATALUNYA BANC SA, y por tanto declaro la nulidad de los siguientes contratos suscritos entre ambas partes:

- A) Contrato de adquisición de obligaciones subordinadas que fue suscrito con la oficina que la entidad demandada posee en la localidad de Lloret de Mar en el año 2009 por importe de 3.000 euros de principal.
- B) Contratos de adquisición de participaciones preferentes suscritos con la oficina que la entidad demandada posee en la localidad de Lloret de Mar en fecha 9 de mayo de 2003 por un importe de 6.000 euros de principal y en fecha 7 de diciembre 2009 por otra suma de 6.000 euros de principal.
- C) Contrato de canje de de las obligaciones y participaciones adquiridas en los contratos referidos anteriormente en acciones de Catalunya Banc, suscrito entre ambas partes litigantes en data 2013.

Declarada la nulidad de los citados contratos, obligo a las partes a pasar por dicha declaración y, en consecuencia, a restituirse recíprocamente todas las cantidades entregadas y liquidadas por ambas partes como consecuencia de su celebración, con los incrementos pertinentes por aplicación del interés legal a cada una de las citadas liquidaciones y entregas desde el momento en que cada una de ellas se produjo. Así, la demandada abonará a la demandante la suma de 15.000 euros más intereses legales devengados desde la celebración de cada uno de los contratos anulados, mientras que la demandante abonará a la actora la suma de 6.321,42 euros más todas las liquidaciones remuneratorias recibidas de la demandada, con los intereses legales devengados desde la venta de las acciones al Fondo de garantía de depósito en el primer caso y desde la fecha en que se produjera cada una de las liquidaciones remuneratorias en el segundo.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación del que conocerá la Il.tra. Audiencia Provincial de Gerona que deberá ser preparado ante este juzgado en el plazo de veinte días y, en su caso, interpuesto, ante este Juzgado.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos de su razón.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, ELENA PORRAS GARCÍA, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num 3 de Blanes y su Partido.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Juez que la suscribe, de lo que Doy fe.

Diligencia.- Seguidamente se expide testimonio literal de la anterior resolución para su unión a los autos de su razón.