

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA
NÚMERO VEINTISIETE
BARCELONA**

Demandante: _____ **Procurador:** Sr. _____

SENTENCIA N° 67/ 2013

Vistos por D^a. - Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº veintisiete de Barcelona, los presentes autos de juicio declarativo ordinario nº1095/12-4^a, sobre acción de nulidad y subsidiariamente resolución del contrato de participaciones preferentes suscritos por las partes en fechas 8/09/1999, 18/01/2001, 12/04/2002 y 16/04/2002, seguidos entre partes, de una y como demandantes, Doña

representadas por el Procurador Sr. [redacted] y asistidas de la Letrada Sra. Serrano Bartolomé, de otra y como demandada, Catalunya Banc S.A, representada por el Procurador Sr. [redacted] y asistida del Letrado Sr. [redacted], pronuncio, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la siguiente sentencia:

PRIMERO. Que por el Procurador Sr. [REDACTED] la representación que tiene acreditada, se promovió demanda que tuvo entrada en este Juzgado turnada por reparto el 14 de septiembre de 2012, en la que, tras exponer los hechos en los que basaba la misma y citar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando se dicte Sentencia por la se declare: 1) la nulidad del contrato de fecha 08/09/1999, 18/01/2001, 12/04/2002 y 16/04/2002 para la adquisición de participaciones preferentes Serie A y B Caixa Catalunya

Preferential Issuance Limited y, en consecuencia, se condene a la entidad demandada a devolver a las actoras el importe de 30.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorados en las remuneraciones recibidas por la actora;

2) subsidiariamente, se declare de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil la resolución de dicho contrato por incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del producto objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma; y como consecuencia de ello, se condene a la demandada a pagar a la parte actora en concepto de indemnización el importe de 30.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorados en las remuneraciones recibidas por la actora; y c) se condene a la demandada al pago de las costas derivadas del presente procedimiento.

SEGUNDO. Por Decreto de 14 de septiembre de 2012 se tuvo por parte al Procurador Sr. [redacted] en la representación indicada, admitiéndose a trámite la referida demanda, de la que se dió traslado a la demandada para que en el término de veinte días compareciera y contestara a la misma, lo que así verificó, terminando suplicando, tras exponer los hechos y citar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, se dicte Sentencia en la que se desestime la demanda formulada, imponiendo las costas de este procedimiento a la parte actora.

TERCERO. Convocadas las partes a la oportuna Audiencia Previa que previene el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que tuvo lugar el día 8 de enero de 2013, se ratificó la actora en la demanda, solicitando el recibimiento del pleito a prueba, no impugnando los documentos de la demandada. Concedida la palabra a la demandada, se ratificó en su contestación, no impugnando los documentos aportados de contrario, fijándose asimismo por las partes los hechos objeto de debate, concediéndose a continuación a las partes la posibilidad de proponer la prueba que considerasen procedente, haciéndolo así, proponiéndose por la parte actora prueba documental, reconocimiento judicial de la actora y testifical, y por la parte demandada prueba documental, la cual se admitió y declaró pertinente, con las excepciones obrantes en autos, señalándose día y hora para la celebración de juicio.

CUARTO. Que en fecha 2 de abril de 2013 tuvo lugar el juicio para la práctica de la prueba admitida a las partes, exponiendo tras ello las partes los hechos en que basaban sus pretensiones, las conclusiones sobre las pruebas practicadas, así como los fundamentos jurídicos en los que fundan sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedaron los autos sobre la mesa de la Juzgadora para dictar Sentencia.

QUINTO. En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, con carácter previo a entrar a examinar, en su caso, el fondo de la litis, ha de resolverse acerca de la excepción de caducidad de la acción que esgrime la demandada y ello en relación a que la solicitud de nulidad del contrato por vicio en el consentimiento por error plantea en realidad un supuesto de anulabilidad, y que en el caso de autos nos encontramos ante varios contratos de compra-venta de títulos valores que se suscribieron entre los años 1999 y 2002, y, por tanto, el plazo de caducidad de la acción es de cuatro años desde la consumación del mismo, dando lugar la acción de nulidad ejercitada transcurrido dicho plazo a la prescripción sanatoria de los mismos, teniendo lugar la consumación del contrato con el pago del precio por parte de la actora y la incorporación a su patrimonio de los títulos, por lo que la acción deberá entenderse caducada.

Que tal excepción no puede prosperar, debiéndose hacer referencia en relación a tal cuestión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, que recoge que el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código.

En orden a cuándo se produce la consumación del contrato, dice la Sentencia de 11 de julio de 1984 que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad, con más precisión de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la Sentencia de 5 de mayo de 1983.

Conforme a dicha doctrina, debe considerarse que si la

consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por tanto distinguir entre perfección y consumación del contrato, del caso que nos ocupa es lo cierto que además de las obligaciones de pago del precio interno de los títulos se derivan otras como son el abono de las remuneraciones, sin que estuviera prevista en las órdenes de suscripción suscritas una fecha de vencimiento o amortización, tratándose por tanto de participaciones de carácter perpetuo.

Que por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 -en relación a un contrato de préstamo- vino en afirmar que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones, y por lo tanto no consumadas las prestaciones no puede entenderse caducada la acción por anulabilidad de los contratos que solicita la parte actora, debiendo decaer por tanto la excepción al respecto aducida por la parte demandada.

SEGUNDO. Que ha quedado acreditado, merced a la prueba documental y testifical practicada, que Doña Josefina Brosa Xalma, que la actualidad tiene 75 años, abandonó los estudios a una edad temprana, dedicándose al cuidado de su familia como ama de casa, habiendo sido cliente durante varias décadas de la entidad Caixa de Catalunya, en la actualidad Catalunya Banc S.A, (entidad está que es notorio que tiene en la actualidad su capital participado por el FROB) , careciendo de formación a nivel financiero, teniendo la misma una relación de confianza con el personal de la citada entidad que trabajaba en la oficina 0660 de Gran Via-Traja de Barcelona, y en concreto, por lo que se refiere a los años en que se concertaron las suscripciones de participaciones preferentes objeto de estos autos, tal relación y contacto se mantenía con la empleada de la demandada Sra. González Gracia.

En el curso de estas relaciones el 31 de agosto de 1999 suscribió la Sra. [redacted] junto con su hija Doña [redacted]

[redacted] con la entidad Caixa Catalunya un contrato de cuenta de valores con una disponibilidad indistinta, entregándose una libreta asociada a dicho contrato de cuenta de valores.

Que unos días más tarde, el 8 de septiembre de 1999, firmó la Sra. Brosa una orden de suscripción de participaciones preferentes serie A Catalunya Caixa Preferential Issuance Limited con un total de importe nominal de 6.000 € haciéndose constar que el dividendo sería el variable referenciado al Euribor a tres meses, vigente al inicio de cada período trimestral de pago de dividendos, más un diferencial de 0,10 con un tipo

mínimo de 4% anual (TAE 4,06 %) durante los tres primeros años de vigencia de la emisión, aplicable sobre el importe nominal, aunque a pesar de ello el tipo aplicable al primer dividendo devengado sería del 4% anual fijo.

En dicho documento se fijó una periodicidad de pago de dividendos trimestral, por trimestres naturales vencidos los días 30 de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre, así como que existía la opción de amortización anticipada por parte del emisor a partir del quinto año de la fecha de desembolso.

Al final de dicho documento se hacía constar que los firmantes conocían el significado y trascendencia de la orden, y manifestaban tener a su disposición con anterioridad a la firma de la orden el tríptico-resumen del folleto informativo con las características de la emisión de participaciones preferentes del emisor.

Que el 18 de enero de 2001 firmó la Sra. _____ una orden de suscripción de participaciones preferentes serie B de Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited con un total de importe nominal de 12.000 €, haciéndose constar que el dividendo sería el variable referenciado al Euribor a tres meses, vigente al inicio de cada período trimestral de pago de dividendos, más un diferencial de 0,10 con un tipo mínimo del 5,25% anual (TAE 5,35 %) hasta el 30 de marzo de 2003, aplicable sobre el importe nominal.

En dicho documento se fijó una periodicidad de pago de dividendos trimestral, por trimestres naturales vencidos los días 30 de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre, así como que existía la opción de amortización anticipada por parte del emisor a partir del quinto año de la fecha de desembolso, y se hacía constar que los firmantes conocían el significado y trascendencia de la orden, y manifestaban tener a su disposición con anterioridad a la firma de la orden el tríptico-resumen del folleto informativo, con las características de la emisión de participaciones preferentes del emisor.

Que el 12 de abril de 2002 firmó la Sra. _____ una orden de suscripción de participaciones preferentes serie A Catalunya Caixa Preferential Issuance Limited con un total de importe nominal de 10.000 €, en la que simplemente se decía que la orden se cursaría en el mercado que la entidad considerara más adecuada para momento, y que los gastos de la operación, comisión a favor de la entidad por operaciones en otros mercados organizados seguían tarifas que estaban a disposición del ordenante, y también se hacía constar que los firmantes conocían el significado y trascendencia de la orden en todos sus términos.

Que, por último, el 16 de abril de 2002 firmó la Sra. _____ una

orden de suscripción de participaciones preferentes serie A Catalunya Caixa Preferential Issuance Limited con un total de importe nominal de 2.000 €, en la que simplemente se decía que la orden se cursaría en el mercado que la entidad considerara más adecuada para momento, y que los gastos de la operación, comisión a favor de la entidad por operaciones en otros mercados organizados seguían tarifas que estaban a disposición del ordenante, y también se hacía constar que los firmantes conocían el significado y trascendencia de la orden en todos sus términos.

Que la parte demandante expone que el producto que se aconsejó comprar a la demandante Sra. tiene un carácter perpetuo y una rentabilidad no garantizada, siendo un instrumento complejo y de un riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido, el cual puede llegarse a perder según la situación del mercado, del emisor y las condiciones financieras del producto, estableciéndose una remuneración normalmente fija en un primer momento y variable durante el resto de vida del producto, remuneración que está condicionada a la obtención de beneficios distribuibles, situándose los titulares de estas participaciones preferentes, en el caso de insolvencia del emisor, y en el orden de recuperación de los créditos, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados.

TERCERO. Que por la parte actora se solicita la nulidad del contrato de fecha 08/09/1999, 18/01/2001, 12/04/2002 y 16/04/2002 para la adquisición de participaciones preferentes Serie A y B Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited y, no sólo por nulidad radical por falta de consentimiento y vulneración de normas imperativas, sino también por nulidad por error en el consentimiento, y que se condene a la entidad demandada a devolver a las actoras el importe de 30.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorados en las remuneraciones recibidas por la actora; y, de forma subsidiaria, que se declare de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil la resolución de dicho contrato por incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del producto objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma; y como consecuencia de ello se condene a la demandada a pagar a la parte actora en concepto de indemnización el importe de 30.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las

remuneraciones recibidas por la actora.

Que manifiesta al respecto la actora que la comercialización de las participaciones preferentes se produjo a través de una mera orden de compra, sin que la demandada informara correctamente a sus clientes acerca de la naturaleza y características del producto, en particular del riesgo que conllevaba la inversión y de su carácter perpetuo, siendo las órdenes de compra absolutamente escuetas, habiéndosele entregado además unos días antes de la suscripción de la primera orden de compra una libreta y un contrato de cuenta de valores, lo que fomentó la convicción de la Sra. de que lo que en realidad estaba contratando era un depósito, al identificarse la libreta con tal producto de ahorro.

Que considera la demandante que la entidad bancaria ha vulnerado la normativa que resultaba aplicable en el caso de autos, tanto la Ley de Mercado de Valores como el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, al no haber actuado con la diligencia y transparencia que le eran exigibles, debiendo ofrecer los productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, no habiendo informado a la actora de los riesgos que la inversión conllevaba ni de las características del producto, ni mucho menos de su carácter perpetuo, de que la rentabilidad no estaba garantizada, y que incluso podía ver pérdidas en el capital invertido, así como también de que el valor de mercado de las participaciones preferentes estaba muy por debajo del valor nominal por el que habían sido adquiridas.

Es por todo ello que se solicita la nulidad radical del contrato por falta de consentimiento o contravención de normas imperativas y prohibitivas, o subsidiariamente la nulidad relativa o anulabilidad por vicio en el mismo por error en el consentimiento al informarse de las características y riesgos del producto, o, subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento del deber de información tanto en el momento de contratar como durante la pendencia del contrato.

Que a todas estas peticiones se opone la entidad bancaria demandada, que aduce primeramente la excepción de caducidad, que ya ha sido desestimada, y en cuanto al fondo de la reclamación manifiesta que se limitó a ejecutar órdenes de suscripción y de compra de títulos de los demandantes en el mercado secundario, habiendo la demandante comprado títulos, cobrado cupones y recibido información fiscal durante casi trece años, por lo que mal puede alegarse desconocimiento del producto contratado, negando que concorra causa alguna para poder declarar la nulidad o la resolución del contrato, habiendo cumplido la demandada con las exigencias legales que estaban vigentes a la fecha de la contratación, habiéndose facilitado a la

demandante la documentación necesaria para contratar y asesorándola debidamente, procediendo examinar las alegaciones de las partes, a la vista de la prueba practicada, a fin de concluir si procede o no en su caso estimar las pretensiones esgrimidas por la demandante.

CUARTO. Que las participaciones preferentes tienen su fuente normativa en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, modificada, con posterioridad a las fechas en las que se firmaron las órdenes de suscripción de las participaciones preferentes que nos ocupan, por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009.

Que la citada Disposición Adicional establecía que “ Las participaciones preferentes a que se refiere el artículo séptimo de esta ley tendrán que cumplir, entre otros, los siguientes requisitos:

- a) Ser emitidas por una entidad de crédito o por una entidad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.
- b) En los supuestos de emisiones realizadas por una entidad filial, los recursos obtenidos deberán estar depositados en su totalidad, descontados los gastos de emisión y gestión, y de forma permanente en la entidad de crédito dominante o en otra entidad del grupo o subgrupo consolidable. El depósito así constituido deberá ser aplicado por la entidad depositaria a la compensación de pérdidas, tanto en su liquidación como en el saneamiento general de aquélla o de su grupo o subgrupo consolidable, una vez agotadas las reservas y reducido a cero el capital ordinario. En estos supuestos las participaciones deberán contar con la garantía solidaria e irrevocable de la entidad de crédito dominante o de la entidad depositaria.
- c) Tener derecho a percibir una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo. El devengo de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable.....
- f) Tener carácter perpetuo, aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha

de desembolso, previa autorización del Banco de España.

g) Cotizar en mercados secundarios organizados.

h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de las entidades de crédito, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, 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 de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cotapartícipes”.

Que de todo ello se deduce que la rentabilidad de las participaciones preferentes viene condicionada a los resultados económicos de la entidad emisora, teniendo un carácter perpetuo, y debiendo estar el dinero invertido en la propia entidad de crédito, y por tanto inevitablemente ligado a la situación financiera de dicha entidad, y en cuanto a la liquidación, ha de producirse en un mercado secundario que en la actualidad se encuentra paralizado, habiéndose dejado ya de percibir incluso las remuneraciones pactadas.

Se alega por la parte demandante en primer lugar nulidad radical del contrato por ausencia de consentimiento y contravención de las normas imperativas aplicables, en concreto por el incumplimiento de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto contratado por parte de la demandante, solicitud esta que no puede prosperar por qué para ello deberíamos hablar de una ausencia total de consentimiento que es evidente que en este caso no concurre, pues el mismo se prestó por la Sra. Brosa, que tenía junto con su hija también demandante disponibilidad indistinta en el contrato de cuenta de valores que se suscribió unos días antes de la primera orden de suscripción de compra de participaciones preferentes, pero otra cosa diferente es que dicho consentimiento se encuentre viciado por error ante la falta de información de los riesgos y características del producto por la demandada.

QUINTO. Que, ello así expuesto, y en cuanto a la solicitud de declaración de nulidad de las suscripciones de participaciones preferentes por error en el consentimiento ha de partirse de que los requisitos esenciales que el artículo 1.261 del Código Civil establece para que pueda hablarse de contrato, son el consentimiento, el objeto y la causa, que significa el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o

subjetividad, aduciendo en la demanda que hay error en el consentimiento prestado ya que incumplió la demandada con su deber de información acerca de las características y riesgos del producto contratado, disponiendo el artículo 1.266-1º del Código Civil 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", habiendo puesto de manifiesto el T.S en S. de 17 de mayo de 1988 que "para que el error pueda invalidar el consentimiento es necesario que sea sustancial, derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y además que sea inexcusable"

Que, ciertamente, el contrato debe nacer como consecuencia de la voluntad libre y consciente de quienes lo otorgan, lo que supone un consentimiento serio, espontáneo y libre, dado que en otro caso (mediando error, violencia, intimidación o dolo), será nulo, conforme al art. 1265 del Código Civil. En el supuesto de error, lo declarado corresponde a lo que internamente quiere el declarante, pero esta resolución interna se ha formado por efecto de una representación que no corresponde a la realidad, de forma que la ignorancia

o una falsa información han inducido al declarante a decidir algo que no es lo que realmente le hubiese interesado.

Para que tal error sea relevante o esencial (art. 1266 del Código Civil), han de concurrir los siguientes requisitos: 1) ha de ser esencialmente determinante de la voluntad del contratante que lo alega (error sustancial o sobre las cualidades esenciales o verdaderamente determinantes de la voluntad, SSTS 6.7.1992, 23.2.1993, 14 y 18.2.1994, 25.2.1995, 19.2.1996); 2) ha de existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante y 3) ha de ser un error excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido, lo que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe ex art. 7 CC (el error es inexcusable cuando hubiera podido ser evitado empleando una normal diligencia media según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (SSTS de 24 de enero de 2003 ó 17 de julio de 2006).

Que, como señala la Sentencia de la AP de Pontevedra de 7 de abril de 2010: "La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige

necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica".

Como indica la SAP de Asturias, sección 7, de 25 de Julio del 2011 "La Sentencia del TS de 11 de julio de 1998 manifiesta que: "...La Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (Art. 79), Sentencia que igualmente, con cita de la Sentencia del TS de 27 de enero de 2003 , declara que: "...la entidad efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.

SEXTO. Que enlazando con esta última cuestión relativa a la obligación de la entidad bancaria demandada en este caso de informar debidamente al cliente, es cierto que en el contexto del tráfico de productos financieros, como recuerda la STS 14-11-

2005, se exige un plus de información y de diligencia a la entidad financiera que comercializa aquéllos, y a concretar esa diligencia del oferente existe un importante núcleo legislativo que recoge los parámetros de actuación de las comercializadoras de tales contratos bancarios, financieros o bursátiles, evolución legislativa que arranca con el R.D. 629/1993, de 3 de mayo sobre normas de actuación en el mercado de valores, hoy derogado por R.D. 217/08, de 11 noviembre, pero que resulta evidente aplicación dadas las fechas en que se suscribieron las órdenes de compra de las participaciones preferentes, entre septiembre de 1999 y abril de 2002.

Que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios en su artículo 4 establecía que "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", y a su vez el artículo 5 disponía que "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

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".

Que por su parte el artículo 48.2 de la Ley 24/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito,

con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito, debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Que en esta línea, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, imponía la exigencia en su artículo 78 a las Sociedades y Agencias de Valores y, en general, a cuantas personas o entidades ejerzan actividades relacionadas con los mercados de valores, de respetar las normas de conducta contenidas en el presente título, así como los códigos de conducta que, en su desarrollo apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y el artículo 79 establecía que "Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente".

Es evidente por tanto que debía la entidad demandada no solamente realizar un estudio del perfil del cliente para poder valorar que el producto que se le ofertaba era adecuado al mismo, sino también proporcionar a los clientes de manera comprensible información adecuada sobre el producto ofertado, sus características y riesgos de modo que les permitiera, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico de producto financiero que se ofrece y, por consiguiente, poder tomar la decisión de la contratación con un conocimiento fundado de causa, lo cual no se hizo en el caso de autos a la vista la prueba practicada y en relación a ninguno de estos aspectos.

Que de la prueba testifical desarrollada se desprende que la Sra. Brosa tenía un perfil de persona absolutamente ahorradora, reconociendo la empleada de la entidad demandada que ofertó las participaciones preferentes que aquí nos ocupan que era una persona que priorizaba la seguridad de los ahorros y tener disponibilidad de los mismos, que era cliente de la entidad desde hacía muchos años, tratando habitualmente con ella, y que lo que se le transmitió a la actora era que se podía dar la orden de ejecución de venta en cualquier momento, no estando previsto que pudiera haber una falta de liquidez, y que no recordaba si se le había explicado que únicamente se tendría preferencia en este supuesto únicamente por delante de las acciones

ordinarias, reconociendo en todo caso que este extremo lo conocía en la actualidad y que no sabía si lo conocía al momento de la suscripción de las participaciones preferentes, por lo que es evidente que mal pudo ello trasladarse a la demandante, y, además, no se hizo una adecuada calificación de la cliente en atención a sus prioridades y características, sin que se haya acreditado que la misma tuviera el más mínimo conocimiento en el orden financiero.

Que tal y como se desprende también del documento siete aportado con la demanda, correspondiente a la ficha del inversor que sobre las participaciones preferentes público la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las mismas son valores emitidos por la sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, que tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada, tratándose de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido, teniendo una liquidez limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión, pudiéndose llegar incluso a perder el capital invertido, estando condicionada su remuneración a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor, no siendo acumulable, es decir, que si no se percibe en un periodo determinado el inversor pierde el derecho a recibirla.

Que como señala su vez la Sentencia de la Sección Diecinueve de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2011 "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible".

Pues bien, todo ello así expuesto ha quedado acreditado que la entidad financiera demandada no cumplió con la obligación de información al cliente que le imponía la legislación vigente en las fechas en las que se suscribieron las compras de las participaciones preferentes, y tal ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato (art 1263 del Código Civil).

Que de la prueba desarrollada en autos no se acredita que se informara debidamente a la parte actora de las características y riesgos de las participaciones preferentes que han sido reiteradamente expuestas, y parte ya de esa carencia en la información la reconoció la propia empleada de la demandada, y

también así se deduce de la propia documental aportada por la demandante, pues ciertamente las órdenes de suscripción son absolutamente escuetas y en ellas ninguna referencia se hace a las características de la emisión ni a su riesgos, y ello no puede entenderse subsanado con el hecho de que en los documentos uno y dos se refiera que el cliente tenía su disposición antes de la firma de la orden un tríptico- resumen del folleto informativo con las características de la emisión de las participaciones preferentes (que ni se menciona en los documentos 3 y 4 de la demanda), cuyo contenido no resulta de los autos y ni siquiera se ha acreditado que se entregara a la demandante, y tampoco coincide el documento tres aportado por la demandada en base al requerimiento acordado en la audiencia previa con las diversas participaciones que se suscribieron, y, en todo caso, en dicho documento tampoco se hacía referencia a su carácter perpetuo ni a los riesgos de pérdida de la inversión ya reiteradamente expuestos, antes bien, al contrario, se suscribió unos días antes de la firma la primera orden de suscripción de participaciones preferentes un contrato de cuenta de valores y se le entregó una libreta, lo cual es evidente que bien pudo llevar a la actora a tener convencimiento de que lo que contrataba era un producto de ahorro o un depósito, máxime cuando también se hacía referencia al cobro de un dividendo, lo que podía entenderse eran intereses o remuneraciones de un depósito; e igualmente el hecho de que en los documentos uno y dos de la demanda se mencione la posibilidad de amortización anticipada por parte del emisor a partir del quinto año de la fecha de desembolso también puede llevar a la confusión de pensar que no era producto de carácter perpetuo, máxime cuando nada se explicaba en los documentos entre las partes suscritos.

Que como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 18 de febrero de 2011 , en relación a un contrato de permuta financiera, “ No se ha acreditado la existencia de algo más que ese contacto verbal, no existe acreditación de que el Banco explicara por medio de folletos exhaustivos o detallados los caracteres de la operación, ni consta ninguna oferta referida con carácter documental. Se alega por la parte demanda, que en ningún momento se le hizo saber a la cliente que la operación no entrañaba riesgos, pero no nos consta si esos riesgos fueron detallados de forma minuciosa, es cierto que la actora, en tanto que cliente, firmó de forma libre, no hubo desde luego coacción, pero lo que debe quedar acreditado es si sabía perfectamente los riesgos que asumía firmando, y más importante aún, si esa información del riesgo la llevo a cabo la Entidad financiera, como era obligado. Además no debe perderse de vista que la actora en este procedimiento, no es persona experimentada en temas

financieros o al menos no se acredita así, y el producto ofrecido ha sido calificado de complejo, basta con leer el contrato marco y los anexos para llegar a tal deducción”.

Que, por último, debe hacerse referencia a las manifestaciones de la parte demandada relativas a que la demandante va contra sus actos propios, pues estuvo cobrando cupones y recibiendo información fiscal durante un largo periodo de tiempo y que nada ha manifestado en contra, alegaciones estas que tampoco pueden prosperar, y en tal sentido la SAP Zaragoza, Sección 4ª, de 27 de julio de 2004, señala que el hecho de que el contrato produzca sus efectos durante un periodo de tiempo no significa que la parte lo acepte, porque en ese caso, bastaría que comenzase a desplegar eficacia para que no se pudieran ejercitar las acciones de nulidad absoluta o inexistencia o anulabilidad, y, como bien señala la parte demandante, no hubo durante largo tiempo ningún hecho que pusiera en alerta a la demandante, que es lógico que identificara los cupones o remuneraciones que percibía con los intereses que hubiera podido percibir como si se hubiera tratado de un depósito, remuneración por otra parte, que, como se refleja en la página diecisiete de la demanda, se ha dejado de percibir, y en todo caso ello no desvirtúa el hecho acreditado de la falta de la debida información del producto contratado por parte de la demandada hacia su cliente en los términos que han quedado expuestos, y al perder el único “ incentivo” como pudiera ser el pago de dividendos o intereses se convierte la participación preferente en un producto de un elevadísimo riesgo, que adolece de falta de seguridad y rentabilidad que, como reconoció la propia empleada de la demandada que vendió la participaciones a la Sra. , era lo que esta, precisamente, buscaba y priorizaba.

Que debe, en consecuencia, declararse la nulidad de los contratos de fechas 08/09/1999, 18/01/2001, 12/04/2002 y 16/04/2002 para la adquisición de participaciones preferentes Serie A y B Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited y, en consecuencia, condenar a la entidad demandada a devolver a las actoras el importe de 30.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde las fechas de la ejecución de las órdenes de compra y cargo en cuenta de las mismas, minorados en las remuneraciones recibidas por la actora; pues los efectos de la nulidad que se declara se recogen en el artículo 1303 del Código Civil, que establece que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, siendo obligación de la parte demandada la devolución del principal invertido , es decir, 30.0000 euros, y el interés legal devengado desde las fechas en que se materializaron y

ejecutaron las sucesivas órdenes de compra, ello minorado en los importes abonados como remuneraciones.

SEPTIMO. Que respecto a las costas procesales causadas se impondrán a la parte demandada (art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLO.

Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. _____ a en nombre y representación de Doña _____ y _____, DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad de los contratos de fechas 08/09/1999, 18/01/2001, 12/04/2002 y 16/04/2002 para la adquisición de participaciones preferentes Serie A y B Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO A CATALUNYA BANC S.A a devolver a las actoras el importe de TREINTA MIL EUROS (30.000 euros) , más los intereses legales de dicha suma desde las fechas en que se materializaron y ejecutaron las sucesivas órdenes de compra, todo ello minorado en los importes abonados como remuneraciones a la parte actora, con imposición a la demandada de las costas procesales causadas.

Frente a esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Excm.Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación a las partes.

De conformidad con la Disposición Adicional Décimo Quinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá constituirse depósito por la suma de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Que asimismo, para la interposición del recurso de apelación deberá haberse satisfecho la tasa de 120 euros, conforme a la Ley 5/2012 , de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, hoy en suspenso por Resolución del Tribunal Constitucional.

Que, de acuerdo con la Ley 10 /2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, para la interposición del recurso de apelación, deberá abonarse la correspondiente tasa.

LA MAGISTRADA-JUEZ

LA MAGISTRADA-JUEZ

La anterior sentencia ha sido publicada por la Sra.Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando en Audiencia Pública en el día de la fecha,doy fe.