

JUZGADO TRANSVERSAL DE MATARÓ
C/ Alcalde Abril, 24 1ª planta
-MATARÓ-
TEL.: 93 693 18 16 FAX.: 93 693 18 21

Juzgado Primera Instancia 6 Mataró
Mendez Nuñez, 30 Mataró Barcelona

Procedimiento Juicio verbal
NIG : 08121 - 42 - 1 - 2014 - 8152926

Parte demandante
Procurador ANNA CHARQUES GRIFOL
Parte demandada CATALUNYA BANC S.A.
Procurador ANNA VILANOVA SIBERTA

SENTENCIA Nº 69/2015

En Mataró a 13 de marzo de dos mil quince.

Doña Susana Sáenz García Juez del Juzgado de Refuerzo Transversal de Mataró, ha visto los autos de Juicio Verbal número sobre nulidad de contrato promovidos por : Y , representada por la Procuradora Dª Anna Charques, y bajo la dirección letrada de Elisa Isabel Morón Ruiz contra CATALUNYA BANC, S.A ,. representada por la Procuradora Doña Anna Vilanova Siberta y bajo la dirección letrada de habiendo dictado sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la pare actora, se presentó el 2 de julio de 2014 demanda de juicio verbal contra CATALUNYA BANC, S.A , sobre nulidad de contrato en la que tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicaba se dicte sentencia en virtud de la cual se estime la demanda y declare:

1) La nulidad y en su caso anulabilidad del contrato de suscripción de participaciones al Fondo de Inversión CX PROPIETAT FII de 24 de octubre de 2006, suscritas por el demandante por error en el consentimiento , subsidiariamente indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones legales de diligencia, información y lealtad.

2) Se condene en todos los casos a la demandada a restituir a la actora en la suma invertida de 4.000 euros..

Cantidades que habrá que incrementar con los intereses legales de la cantidad invertida desde la fecha de la contratación hasta que se haga efectiva la restitución.

4) Se condene a CATALUNYA BANC, S.A al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada , convocando a las partes a juicio oral, que se celebró el 24 de noviembre de 2014 con la asistencia de todas .

TERCERO.- Formuladas por las partes comparecientes las alegaciones que estimaron pertinentes, se recibió el pleito a prueba, practicándose la prueba documental, interrogatorio de parte y testifical, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Ejercita la actora en su demanda acción de nulidad del contrato de suscripción de participaciones al Fondo de Inversión CX PROPIETAT FII de 24 de octubre de 2006 por importe total de 4.000 euros.

Alega la actora en su escrito de demanda que en dicha fecha firmó en la entidad bancaria de Catalunya Banc.S.A , una orden de suscripción de fondos de inversión por valor de 4.000 euros en el Fondo de Inversión CX PROPIETAT FII, y que se les comercializó como si se tratase de un fondo garantizado y prudente, cuando es un fondo agresivo, que se encuentra en fase de liquidación y sin que los clientes puedan obtener el reembolso del importe. La actora tiene 56 años y su hijo 31 años y eran de perfil ahorrador , de hecho los ahorros del hijo los iba depositando en una cuenta corriente, hasta que en el año 2006 el empleado de la entidad le recomendó que pusiera el dinero en este Fondo de Inversion porque era totalmente seguro y le daría mejor rentabilidad.. Que con plena confianza en las recomendaciones del director y creyendo adquirir un producto con buena rentabilidad y seguro suscribió el contrato.

Señala que la única documentación fue la orden de compra, breves y con escasa información, documentación de difícil comprensión para personas sin experiencia financiera, adoleciendo de omisiones en cuanto al riesgo de pérdida de capital, de pérdida de liquidez, y sin que la información contenida en la documentación entregada se explicase verbalmente a los actores y sin que se les entregase toda la documentación cuya entrega se hacía constar.

Indica la parte demandante que en ningún momento se les informó de forma clara, comprensible y completa de las características concretas y de los riesgos de los productos adquiridos; siendo insuficiente la información precontractual y contractual recibida; que la orden de compra es manifiestamente simple, opaca y escueta; que la iniciativa de la contratación del producto partió de la entidad bancaria ; que no se explicó de su pérdida liquidez;

Se indica el perfil minorista de la actora que actuaba con la información proporcionada por la entidad bancaria que puede entenderse que realizaba una labor de asesoramiento y no meramente un servicio de comercialización o intermediación ejecutando las órdenes del cliente, e insistiendo en el incumplimiento de la normativa por parte de la entidad en orden a analizar el perfil de los actores, en orden a actuar de forma honesta y profesional en aras al mejor interés de los clientes, proporcionándoles una información completa, imparcial y no engañosa y ofreciéndoles los productos más

adecuados a sus circunstancias personales, debiendo haberse abstenido de ofrecer dichos productos a los actores. Se señala que la falta de información ha provocado el vicio en el consentimiento que determina la nulidad de los contratos. Insiste en la nulidad por vicio en el consentimiento dado que existe error sobre elementos esenciales del contrato. E indica las consecuencias de la nulidad: restitución recíproca de las prestaciones.

Indica que la demandada ha actuado con mala fe; que la carga de la prueba del correcto asesoramiento le incumbe a la misma .Y tras alegar los fundamentos de derecho que estima aplicables termina solicitando una sentencia estimatoria de sus pretensiones .

SEGUNDO.- Frente a dichas pretensiones la parte demandada se ha opuesto negando que exista vicio en el consentimiento o error en el objeto que determine la nulidad de las operaciones de venta pretendidas por la parte actora , la caducidad de la acción de anulabilidad por el transcurso de mas de cuatro años , en virtud del ejercicio de una acción de anulabilidad que según el art 1303 del cc tiene un plazo de caducidad de cuatro años y en este caso no es un contrato de tracto sucesivo por lo que el dies a quo empieza desde la firma del contrato de compra el 9 de noviembre de 2006. También considera la falta de legitimación pasiva al ser Catalunya Banc la depositaria únicamente. Y alega la información completa en el folleto informativo y la no obligatoriedad de practicar test Mifid por ser el contrato del año 2006.

Sostiene por tanto la demandada el cumplimiento de todas las obligaciones de información legalmente establecidas o la entrega de toda la documentación exigida por la normativa vigente. Que la entidad Catalunya Banc S.A, no asumió labores de asesoramiento ni de gestión discrecional de cartera, sino que se limitaba a recibir, transmitir y ejecutar órdenes de compra y a la administración de depósito de valores, calificando la relación contractual de mero depósito y gestión de cartera. .Por ello rechaza todos los hechos de la demanda y en especial las afirmaciones de la parte actora acerca de un supuesto incumplimiento de deberes de información precontractual, contractual y post contractual, en cuanto a la información suministrada verbalmente y por escrito, negando también el supuesto desconocimiento por los actores de las características y riesgos del producto que los demandantes contrataron con la intermediación que no asesoramiento de Catalunya Banc S.A . Y tras invocar los fundamentos de derecho que estimaba aplicables solicitaba la desestimación de la demanda .

TERCERO.- Antes de entrar en el examen del litigio es conveniente hacer algunas consideraciones sobre la clase de producto que el demandante suscribió.

Los Fondos de Inversión Inmobiliarios son patrimonios colectivos que invierten en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, no pudiendo explotar el negocio o servicios anexos a los inmuebles más allá del arrendamiento del local.

Se trata de fondos de inversión de carácter financiero, en este caso fondos para la adquisición de inmuebles urbanos, de difícil comprensión, complejo en cuanto al desarrollo contable y económico. Es por lo tanto un instrumento de riesgo elevado,

que pueden generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido dependiendo de la evolución del mercado inmobiliario, y le es de aplicación el art 2 de la LMV, apartado 1 punto f, que los considera como participaciones o acciones de inversión colectiva.

CUARTO.- La parte demandante pretende la nulidad o anulabilidad por error de consentimiento, y subsidiariamente resolución de los contratos por incumplimiento de las obligaciones legales de lealtad, diligencia e información. Frente a ello la demandada niega la existencia de infracción de la normativa legal, la existencia de vicio del consentimiento y el incumplimiento de las obligaciones contractuales que le incumbían.

-Respecto a la caducidad, la acción de anulabilidad no ha caducado por los siguientes motivos:

La acción de anulabilidad tiene un plazo de caducidad de cuatro años según establece el art 1301 del CC, y en este caso la compra es del año 2006, siendo la fecha de la demanda del 2014, o sea, más de cuatro años después.

La acción ejercitada por la actora es la establecida en el art.1300 del Código Civil que sanciona con la anulabilidad los contratos en los que concurriendo los requisitos del artículo 1261 del CC, adolezcan de algunos de los vicios que los invaliden con arreglo a la ley, señalando el art. 1301 del CC que la acción de nulidad sólo durará cuatro años que habrán de contarse en los casos de error, dolo o falsedad de la causa desde la consumación del contrato.

La respuesta que ha de darse a la pretensión es negativa. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 junio 2003 nos recuerda como 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.

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 mas 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, como por otra parte también reconoce la sentencia de 27 de marzo de 1989, 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, incluso aún alcanzar una tercera fase, denominada doctrinalmente como de agotamiento, cuando el contrato deja ya de producir todos los efectos que le son propios, es evidente, que la consumación no se produce hasta el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas y se entiende que el término para impugnar el consentimiento prestado por error no empezará a correr hasta que la relación contractual se haya satisfecho por completo. Debe quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. Siendo además en octubre del año 2013 cuando

salen del error al recibir la comunicación de la entidad de la disolución del fondo. Solo a partir de entonces podría empezar a contar el plazo de caducidad.

Pues para ejercitar la acción de anulabilidad por error en el consentimiento el actor ha de conocer que su consentimiento estaba viciado, y ha quedado acreditado que fue la entidad bancaria la que se puso en contacto con los clientes en el año 2013(doc7) para comunicarles la disolución del fondo, siendo en este momento cuando conocieron la realidad del producto adquirido, el cual creían sin riesgo porque así se les había informado, descubriendo entonces su error. Mal podían ejercitar la acción de nulidad con anterioridad al año 2013 y dado que el tiempo ha de contar desde el momento en que la acción puede ejercitarse, el tiempo de los cuatro años debe comenzar a contar a partir de dicho año (art 1969 del cc y 122-5 del ccc según el cual el plazo de caducidad de inicia, en defecto de normas específicas, cuando nace la acción o cuando la persona titular pueda conocer razonablemente las circunstancias que fundamentan la acción y la persona contra la cual puede ejercitarse.)

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 2014, sección cuarta.

“ Esta sección, con las anteriores secciones citadas, considera que, en este caso, nos encontramos ante un contrato de inversión que no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores, pues tal inversión tiene un plazo perpetuo, a lo largo del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo, y se mantiene obligaciones y derechos de gestión (abono de cupones, custodia, etc.), como consta en los extractos aportados de los que se desprende que se ha venido cobrando comisiones en concepto de custodia y administración.

Por consiguiente, la Sala mantiene similar postura de la del Juez de Instancia, considerando que no se da la caducidad pretendida, pues es que además la demandada no puede calificarse de tercero distinto al emisor, cuando consta en documento acompañado como nº 1 de la contestación, que Caixa Catalunya Preferential Issuance Ld, emisora, era una filial al 100 % de la caixa de Catalunya, constituida el 21 de Junio de 1999, de acuerdo con las leyes de las islas Caimán, y su actividad principal era la de servir de vehículo de Financiación para el grupo Caixa de Catalunya, mediante la emisión en los mercados de capitales de valores similares a los que se describían en el Folleto y las participaciones contarían con la garantía solidaria e irrevocable de la demandada.

Y en igual sentido la sentencia del TS sala de lo civil STS254/2015 de 12 de enero, que establece:

“ No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (

sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

« Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ».

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con

frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."

Por tanto, la acción principal está ejercitada dentro de plazo y habrá de examinar si ha existido un vicio en el consentimiento prestado que determine la nulidad o anulabilidad del contrato.

- Respecto a la falta de legitimación pasiva, la demandada alega que Catalunya Banc es sólo la depositaria, y que sólo gestionó la orden de inversión, que la demanda debió dirigirse frente a la sociedad gestora del fondo , es decir Caixa Catalunya Gestió SGIIC, S.A, que no es la demandada.

Esta excepción procesal ad causam debe desestimarse , pues olvida la demandada que con quien contrata el cliente bancario es con la entidad a la que acude habitualmente, Caixa D, Estalvis de Catalunya , en concreto la oficina de Argenton, y por eso las ordenes de suscripción son firmadas por esta oficina, (doc1 de la demanda), además que no existe cláusula contractual que exonere de responsabilidad con conocimiento del consumidor, o cliente bancario, y ello con arreglo a los principios de la buena fe contractual, artículo 111-7 CCC Primera Ley, " En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fé y de la honradez en los tratos" y derecho de información a favor del consumidor, por lo que entraría en vulneración de los artículos 60.1 y 2 b), 80.1 c) 82.1,82.4 e) 85.6 y 89.5 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre(TRLGDCU), y el artículo 223-3 del CCC, LEY 22/2010 de 20 de julio.

En definitiva , con quien firmó el contrato es con la demandada y responde del mismo además en su condición de garante, y en su caso, es la que tenía el derecho o el deber de informar en aquella gestión u orden de compraventa de valores.

Habría que añadir que aunque la entidad bancaria califique su actividad como simple mediación o ejecución de órdenes no evita su carácter de asesoramiento y garante de la operación, ya que aquella calificación otorgada por la propia entidad evitaría la evaluación de la idoneidad del cliente y la consiguiente abstención caso de que no se facilite la información (artículo 79.bis 6 LMV y art 72 RD217/2008.

También es significativo que la demandada y Caixa Catalunya Gestió SGIIC, S.A, formen parte del mismo grupo de empresas y respondan a un mismo fin, y que si bien es la gestora del fondo la depositaria es la demandada, siendo necesaria su intervención y extensible su responsabilidad conforme a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre de IIC.

QUINTO- Desestimadas las excepciones procede entrar en el fondo del asunto.

La nulidad que solicita la parte actora pretende basarse en el error contractual que se habría producido al suscribir una orden de suscripción de un fondo de inversión complejo y de riesgo cuando lo que creía era haber contratado un producto de ahorro sin riesgo de pérdida de capital, error en la prestación del consentimiento derivado de la falta de información en que incurrió al suscribir la compra. En el presente caso hay consentimiento, reconociendo las partes la firma en dichos contratos, pero de la prueba practicada se deduce que este consentimiento ha sido prestado con error, en base a la falta de información al cliente.

Según el artículo 1.261 del Código Civil no hay contrato sino cuando concurren tres elementos, a saber, consentimiento, objeto cierto y causa. Respecto del consentimiento el art 1.265 del CC, lo declara nulo si el mismo se presta entre otras causas, por error. Pero no todo error determina la nulidad contractual, así, para que el error invalide el consentimiento y dé lugar a la nulidad de un contrato, el art 1.266 del mismo precepto legal especifica que ese error 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.

Esta matización ha sido analizada por reiterada jurisprudencia, la cual condiciona la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto, a la concurrencia de determinados requisitos como son: a) que sea esencial y excusable, pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos del error propio son imputables a quien los padece; b) que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; c) que no se haya podido evitar con una regular diligencia; y d) que quede suficientemente acreditado en las actuaciones como cuestión de hecho. Respecto de la exigencia de diligencia, resulta destacable que ya desde hace años existe jurisprudencia asentada que especifica que en términos generales la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto. La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (*STS de 4 de enero de 1982*).

SEXTO.- Para resolver la controversia objeto de autos, esto es, si hubo o no error en la prestación del consentimiento, resulta trascendental determinar la información que se facilitó por la entidad demandada a la actora para poder analizar que instrumentos tuvo a su alcance a la hora de plasmar su consentimiento ante lo que ya se ha dicho es un producto complejo.

Conforme a la legislación aplicable, se dispensa una distinta protección a los diferentes clientes de productos como los fondos de inversión inmobiliaria, mereciendo una especial protección los clientes minoristas.

En concreto las obligaciones de la entidad financiera demandada, como entidad de crédito, al comercializar un fondo de inversión entre clientes minoristas, quedan definidas en la Ley de Mercado de Valores y en la normativa de protección de consumidores y usuarios (RDLeg. 1/2007)

El art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas siendo estos últimos definidos por defecto o exclusión: Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales y en los términos del RD 1310/2005, de 4 de noviembre que desarrolla la citada ley en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, y que realiza una clasificación más detallada en sus arts. 38 y 39 al distinguir entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado.

La especial protección que se dispensa a los clientes minoristas en función de la especial dificultad del sector financiero se plasma en la exigencia de cumplimiento del deber de información por las entidades bancarias en fase precontractual y contractual. Como señala la sentencia de la AP de Barcelona, Sección 11, de 16 de diciembre de 2010 *“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 exigible”*, y en el mismo sentido sentencias de la AP de Oviedo, Sección 5 de 27 de enero y 23 de julio de 2010, y de la Sección 4 de 11 y 14 de febrero de 2011.

Debe señalarse que la LMV de 28 de julio de 1988 que fue modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en su artículo 79 exige que al contratar instrumentos financieros, en este caso obligaciones subordinadas, con clientes minoristas, las entidades se comporten con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fuesen propios, obligando a tales entidades a mantener en todo momento adecuadamente informados a sus clientes (art. 79 bis), a dar una “información imparcial, clara y no engañosa”(art. 79 bis 2) debiendo facilitarles información comprensible “sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión” (art. 79 bis 3), de suerte que tal información “debe incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias” (art. 79 bis 3,pto 3º), exigiendo además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto “con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente” debiendo advertir al cliente cuando no lo sea (art 79 bis 7 de la LMV).

La entidad prestadora de servicios de asesoramiento de inversión o de gestión de

carteras está obligada asimismo a obtener de los clientes minoristas «la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...) en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan» y se la obliga expresamente a abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente cuando la entidad no obtenga esta información (art. 79 bis 6 LMV).

La entidad prestadora de servicios de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes respecto de valores complejos, con o sin prestación de servicios auxiliares, o bien presta otros servicios distintos al de asesoramiento en materia de inversión (o de gestión de carteras), debe entonces solicitar al cliente información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, también con la finalidad de evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Si, en base a esa información, la entidad considera que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, tiene la obligación de advertirle al respecto. Si el cliente no proporciona la información indicada o ésta sea insuficiente, la entidad debe advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él (art. 79 bis 7 y 8 LMV).

A tal efecto, el art. 78 de la LMV dispone que quienes presten servicios de inversión deberán respetar: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo, b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a anterior, 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 c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

Dada la configuración de los fondos de inversión como valores complejos (según el contenido del art. 79 bis 8.a LMV, que ya se ha resuelto en el fundamento tercero de esta sentencia), la consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas, relativa a que la empresa de servicios de inversión entre las que se incluyen las entidades de crédito que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las obligaciones contenidas en estos preceptos, a las que antes se ha hecho también referencia.

Además, el deber de información de la entidad de crédito se regula en la conocida como “normativa MIFID”, Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo). Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2008/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008.

La LMV introduce en su articulado las novedades de la directiva MIFID, mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre (BOE de 20 de diciembre), que entró en vigor el 21-

12-2007, aunque en este caso no sería de aplicación pues el contrato es del 2006.

Y además de este deber de información derivado de la normativa específica de la LMV sobre las entidades de crédito, debe traerse a colación también, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en el que se indica en su artículo 3 que «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».-

En el Artículo 8 de la LGDCyU se indican los derechos básicos de los consumidores y usuarios. «(...) b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. d. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (...)»

También en el artículo 60 de la misma norma citada al hacer referencia a la información previa al contrato se dispone que «1. 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 (...)». Y no puede olvidarse que en el sector bancario se utilizan de forma generalizada contratos de adhesión redactados de forma unilateral por la entidad financiera y cuyas condiciones generales debe aceptar el cliente para obtener el producto o servicio que se le ofrece. Por ello la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios establece en el artículo 80 una serie de requisitos exigibles a las cláusulas no negociadas individualmente, al establecer que: “1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido...

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.”

El estricto deber de información que se exige a las entidades financieras viene también justificado en la relación duradera que suelen mantener los clientes con la entidad que hace que se fijen de las recomendaciones del personal de la oficina. Y se

ha entendido que la información que resulta relevante a un inversor minorista, como el de autos, no experto en la contratación de productos como el que nos ocupa, es la que proviene de la confianza que le inspira la relación de clientela que mantiene con el comercializador de los valores, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una entidad de crédito con la que el mismo mantiene relaciones largas en el tiempo; de tal modo que la existencia de un folleto informativo por si solo no exime de responsabilidad al emisor ni garantiza que la información transmitida por el mismo haya sido la adecuada, ni su sola existencia otorga capacidad al inversor cliente minorista no profesional para evaluar la naturaleza del producto, sus riesgos ni la situación financiera del emisor.

Y por último recordar que la jurisprudencia exige a las entidades bancarias que acrediten que actuaron diligentemente en la oferta de estos productos, informando adecuadamente a los clientes y como ya se ha dicho cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. La carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros y sobre todo en el caso de productos de inversión, como señala la SAP de Valencia, Sección 9ª de 14 de noviembre de 2005, la diligencia de asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, invirtiéndose la carga de la prueba, teniendo en cuenta la condición profesional de la entidad financiera.

SÉPTIMO.- Sentado la anterior, procede analizar en primer lugar si las previsiones expuestas en el anterior fundamento se han cumplido o no en el caso objeto de autos. Y la prueba obrante en autos permite concluir que la entidad demandada no ofreció al actor una información clara, precisa y veraz que le permitiese conocer y comprender lo que estaba adquiriendo y firmando.

No es discutido que el producto que contrató el actor, es un producto financiero complejo y que el actor es un cliente minorista, ya que no puede calificarse como un cliente profesional en el sentido del art. 78 de la LMV.

De la prueba testifical al empleado de la entidad que realizó la operación con la clienta, , que es quien firma el contrato en nombre de la entidad, se deduce que éste no informó de que se trataba de un producto complejo y de riesgo en el que se podía perder el capital, puesto que reconoce que lo comercializaban como algo seguro.

No existe ningún documento en autos, ni siquiera entre los aportados por la demandada en el acto de la vista que pruebe que se informará al actor de la naturaleza del producto con carácter previo a su contratación.

La información documental se basaba en la escuetas órdenes de compra que no hablan de riesgo alguno , donde se califica como prudente a este fondo,(doc 1) en este documento no se dice que existe riesgo de pérdida de capital , y no consta que se entregara folleto informativo(los documentos 3 a 6 carecen de firma del cliente y son de muy difícil comprensión para personas sin conocimientos financieros) . Por lo tanto los clientes, carentes de formación financiera ni siendo muy diligentes pudieron salir del error de consentimiento en el que incurrieron al firmar el contrato.

Alega la demandada que en los contratos aparecían las características del producto, sin embargo en su redactado no se dice que haya riesgo de pérdida de capital , ni que el producto no está garantizado por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Además la demandada alega que su actuación no fue sino una mera intermediación y ejecución de orden del cliente, siendo un mandato, y que no hubo asesoramiento, sin embargo no parece probable que fuera el cliente quien pidiera el producto sino más bien que fuera el empleado quien se lo ofreció y le recomendó personalmente sobre el mismo, o al menos la carga de la prueba de la intermediación recae en la demandada por ser motivo de oposición y no lo ha probado, luego se realizó una actuación de asesoramiento conforme a la LMV. Alega la demandada que hizo de mera intermediaria ,pero resulta impensable que el actor, de perfil conservador, vaya a pedir un producto de este tipo al Banco, un producto que ni tan siquiera conoce , que tiene riesgo de pérdida de capital..

Hay que añadir a esto que los actores eran clientes habituales que tenían plena confianza en los empleados de la entidad, y que esto lo advertían los propios empleados en el trato con los clientes , por lo cual no pueden pretender ahora que el cliente dudase y preguntase sobre las operaciones que éstos les ofrecían, como alega la demandada, pues llevaban años depositando sus ahorros y esto favorecía a estas entidades a la hora de la venta de productos con riesgo y de carácter complejo como es el caso . Si no se advertía del riesgo se ha vulnerado la normativa de la LMV en cuanto a la debida información y lealtad por parte de la entidad. No hay duda que la información proporcionada de forma documental por el empleado de Catalunya Banc S.A, fue insuficiente, en cuanto que no transmitía los riesgos del producto, y no era completa ya que hacía hincapié en los posibles beneficios .

No ha cumplido pues la entidad bancaria con su obligación de dar al cliente una información precontractual adecuada, individualizada y personalizada que le permitiese conocer las características y riesgos de la operación que se le ofrecía y que fuese bastante para la adecuada formación del consentimiento contractual. Y esto ha provocado un consentimiento viciado pues la actora pensó que era un producto seguro , cuando era un producto de alto riesgo, no garantizado por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Por otro lado no puede acogerse para justificar esta insuficiente información la alegación que realiza la demandada de que no existía obligación de asesoramiento, y que por ello no se prestó este servicio al demandante, sino que únicamente se limitó a cumplir y a ejecutar la orden de compra recibida. Ello no es así por cuanto la “orden de compra” no es un contrato de mediación o mandato, sino que es el propio contrato de compra .

Todo lo expuesto lleva a concluir que la demandada no cumplió con su obligación de proporcionar toda la información necesaria para que el actor conociera y comprendiera, especialmente antes de suscribir la orden de compra , las características esenciales, la naturaleza y los riesgos de este producto eminentemente inadecuado para clientes con un perfil conservador como el del actor.

OCTAVO.- Sentado lo anterior, y alegada por el actor como causa de nulidad del contrato el error en la prestación del consentimiento, la demanda debe ser estimada por cuanto concurren los requisitos para que el error invalide el consentimiento prestado; así es **esencial** en cuanto afecta a la obligación principal del contrato, al cálculo de su importe y al alto riesgo del mismo; **sustancial** en cuanto afecta a un elemento nuclear del contrato; así la documentación examinada no permitía conocer al actor las notas de seguridad del capital invertido, que anteriormente se han reseñado como esenciales del producto adquirido; especialmente no podía la parte actora conocer las características fundamentales de los productos que estaba adquiriendo a la vista de la información que recibió si se toman en consideración sus circunstancias personales, al tratarse de un cliente minorista, sin formación ni conocimientos económicos o financieros, lo que exigía un mayor esfuerzo por la entidad bancaria en cuanto a la prestación de información suficiente y adecuada a la capacidad de la actora para conocer las características del producto que iba a contratar, para así entender cumplidos los ineludibles deberes de diligencia y transparencia en la gestión de los intereses de sus clientes, impuestos por los arts. 78 a 79 sexies LMV antes referidos.

Y es **excusable** en tanto que el actor contrató movido por las manifestaciones del personal de la entidad bancaria en el que tenía plena confianza al trabajar con la misma oficina desde hace años, cuyos conocimientos precisamente por su profesión se han de estimar superiores a los del demandante.

Siendo el actor un cliente minorista precisa un plus de respecto a la información y dado que la información completa sobre el producto sólo la tenía la entidad bancaria que no la proporcionó al actor, procede decretar la nulidad de la orden de compra .

NOVENO.- Se ha declarado así probada la concurrencia de error excusable en la formación de la voluntad contractual de la parte actora al contratar .

Las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato por existencia de vicio en alguno de sus elementos, en este caso el consentimiento, determinan, atendiendo al art 1.303 del CC, que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución del precio recibido por la compra (4.000 euros), más los intereses legales devengados por esta cantidad desde el instante en que se suscribió la correspondientes orden de compra .

Ello supone la estimación principal de la pretensión principal formulada por el actor en su demanda, sin necesidad por ello de examinar la pretensión formulada con carácter subsidiario.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 LEC, y estimada íntegramente la demanda contra CATALUNYA BANC,S.A. se imponen las costas a esta parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

de autos,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por Y
contra CATALUNYA BANC,S.A. , debo declarar y
declaro la nulidad de la orden de compra de participaciones al Fondo de Inversión
CX PROPIETAT FII de 24 de octubre de 2006 , por concurrencia de error en el
consentimiento ; condenando a CATALUNYA BANC,S.A. a proceder a la
restitución íntegra del capital invertido de 4.000 euros, recibido como precio por la
contratación , con más los intereses legales devengados por esta cantidad desde la
fecha de suscripción de la orden de compra.

Todo ello, con expresa imposición a la parte demandada CATALUNYA BANC,S.A
de las costas causadas en el procedimiento.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación de conformidad con lo
dispuesto en el art. 455 LEC en la redacción dada por la ley 37/2011 de agilización
procesal.

Para que el recurso pueda admitirse deberá acreditar al presentarlo que ha consignado
en la Cuenta de Depósitos Judiciales la cantidad de 50 euros (D.A. 15 LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos,
lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por la Ilma.
Sra. Juez que la ha dictado en audiencia pública, en el día de su fecha. Doy fe.