

NOTIFIC. 19/9/14

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00131/2014

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO N° 145/2014.

SENTENCIA nº 131/2014

En Palma de Mallorca, a 16 de septiembre de 2014.

Vistos por doña Irene Partida Barreto, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Palma, los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 145/2014 entre:

Demandante: Doña Margarita Asunción Alemany Pérez, representada por el procurador de los tribunales don Gonzalo Bernal García y asistida por el letrado don **Ricardo González Zayas**.

Demandada: La entidad CATALUNYACAIXA, representada por el procurador de los tribunales don Alejandro Silvestre Benedicto y asistida por el letrado don Carlos García de la Calle.

Objeto: Reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el procurador de los Tribunales don Gonzalo Bernal García, en la representación indicada, mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó el 21 de febrero de 2014, demanda de juicio ordinario con base en los siguientes hechos:

1º La actora con escasos conocimientos financieros y con plena confianza en el Director de la oficina adquirió participaciones preferentes siendo la única información que se le dio la que consta en las órdenes de compra y en la información verbal suministrada se le dijo que podía recuperar su inversión de forma rápida, que el producto era sin riesgo y que su contratación haría que en otro producto de plazo fijo que tenía contratado le subiera la rentabilidad al 4%.

2º La actora tuvo conocimiento de la realidad en el año 2012 cuando se procede por la entidad demandada a comunicar la intervención por parte del FROB y al canje de participaciones preferentes. Asimismo se le informa del canje a realizar, donde se procede a realizar una quita del 66,70%, de modo que la inversión realizada y que ascendía a 65.000 euros quedó reducida a 21.637 euros.

3º Faltó una información correcta y adecuada sobre las características de un producto financiero de alto riesgo, por lo que la actora prestó su consentimiento por error.

Tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminaba solicitando que se dictara sentencia por la que:

1º Se declare la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes detallados en el hecho tercero de la demanda por error en el consentimiento.

2º Se obligue a la demandada a que devuelva a la parte actora la cantidad de 65.000 euros, más intereses legales desde la fecha de suscripción de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, sin perjuicio de deducir las cantidades abonadas por intereses por la entidad demandada, y del canje obligado del FROB, todo ello a determinar en ejecución de sentencia.

Y en su virtud se condene a la demandada:

1º A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2º Al pago de las costas judiciales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha 11 de marzo de 2014 se emplazó a la demandada y en su representación compareció el Procurador don Alejandro Silvestre Benedicto, quien presentó escrito de contestación a la demanda en el que, resumidamente alegaba los siguientes hechos:

1º Falta de acción y legitimación activa, siendo las acciones ejercitadas inviables y ello porque la consecuencia de la acción de nulidad sería la devolución de las participaciones preferentes, lo que la actora no puede hacer al vendido voluntariamente las acciones consecuencia del canje obligatorio al Fondo de Garantía de Depósitos por la cantidad de 21.637,75 euros.

2º Existencia de actos propios de la actora al haber cobrado los intereses de las participaciones preferentes, por lo que además se ha confirmado el contrato.

3º No existe entre las partes contrato de asesoramiento financiero.

4º La contratación de participaciones preferentes estuvo precedida de la oportuna información, llevándose a cabo el correspondiente test de conveniencia.

Tercero.- El día 29 de mayo de 2014 se celebró la audiencia previa en la que una vez fijados los hechos controvertidos la parte actora propuso como medios de prueba la documental acompañada con el escrito de demanda y la testifical de don José Ignacio Riera Vives y la parte demandada propuso la documental acompañada con el escrito de contestación a la demanda y el interrogatorio de la parte actora. Todos los medios de prueba fueron admitidos y se señaló el día 10 de septiembre de 2014 para la celebración del juicio.

Cuarto.- El día 10 de septiembre de 2014 se celebró el juicio al que comparecieron ambas partes y en el que se practicaron todos los medios de prueba con el resultado que obra en autos a excepción del interrogatorio de la parte actora al haber renunciado a dicha prueba la parte que la propuso, y tras formular ambas partes oralmente sus conclusiones quedó el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Pretensiones de las partes.

Por la parte actora se ejercita como acción principal la declaración de nulidad de las órdenes de compra de participaciones preferentes y que como consecuencia de ello se obligue a la demandada a devolver a la parte actora la cantidad de 65.000 euros más intereses legales desde la fecha de suscripción de los contratos de adquisición de participaciones preferentes sin perjuicio de deducir las cantidades abonadas por intereses y del canje obligatorio del FROB y ello al amparo de los artículos 1.265, 1.266, 1.288 y 1.303 todos ellos del Código Civil.

Con carácter subsidiario solicita la resolución del citado contrato por incumplimiento contractual al amparo del artículo 1.124 del Código Civil.

Las dos acciones tienen una misma base cual es el haber sido ofrecidos y suscritos los contratos sin la suficiente diligencia, información y transparencia.

Segundo.- Naturaleza jurídica de las participaciones preferentes.

En relación con esta cuestión es muy ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 22 de abril de 2014 que establece que *“Las denominadas ” participaciones preferentes ” son un tipo concreto de acciones o participaciones sociales de una sociedad que se diferencian de las comunes en la carencia (habitualmente) de derechos políticos, como derecho al voto, por lo que se suelen considerar ”cautivas”, y subordinadas, lo que contradice la apariencia de algún privilegio que su nombre de ”preferente” parece revelar, ya engañosamente, pues no conceden ninguna preferencia, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente no tiene este carácter en el orden de prelación de los créditos.*

Según el artículo 7 de la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión , Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, dichas participaciones preferentes constituyen (y computan como) recursos propios de las entidades de crédito, cumplen una función financiera de la entidad, por lo que el dinero que se invierte en su adquisición no constituye un pasivo en el balance de la entidad, esto es, 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, por lo que se suele decir que son ”permanentes” o no tienen fecha de vencimiento.

En la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 se establecen las características principales de las participaciones preferentes indicando que 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.

La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16.09.2009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora.

En la misma línea el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España). También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez.

Las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y,

correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión.

Dicho carácter complejo se deriva también del artículo 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que considera valores no complejos los desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de "general conocimiento" y en los 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 validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor, los que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento, y los que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. De éste modo, la participación preferente es valor complejo porque la ley no lo expresa como "no complejo" y porque tampoco cumple los tres requisitos mencionados.

Dicho carácter se desprende igualmente de la Exposición de motivos del Real Decreto Ley 24/12 de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito, sobre todo cuando no se explica clara y concisamente su naturaleza jurídica, haciendo pasar o confundiendo su adquisición como si fuera una inversión con mayor o menor grado de retorno del capital con el que se adquiere, al margen del aseguramiento o no de un rédito mínimo durante su tenencia.

Dicha complejidad y alto riesgo determina la exigencia de una especial, acentuada, diligente y clara información que debe proporcionarse al cliente o consumidor para la validez de la adquisición /inversión, teniendo en cuenta la distinta posición contrapuesta de ambas partes, pues a diferencia de la entidad financiera el cliente desconoce el entorno económico y financiero, determinante en la concurrencia de un consentimiento informado que valide éste tipo de contrataciones."

Tercero.- Falta de legitimación activa y falta de acción.

En primer lugar alega la parte demandada la falta de acción y la falta de legitimación activa afirmando que las acciones ejercitadas son inviables y ello porque la consecuencia de la acción de nulidad sería la devolución de las participaciones preferentes, lo que la actora no puede hacer al vendido voluntariamente las acciones consecuencia del canje obligatorio al Fondo de Garantía de Depósitos por la cantidad de 21.637,75 euros.

La Audiencia Provincial de Baleares en sentencia de fecha 1 de abril de 2014 se ha pronunciado sobre esta cuestión. Y así ha señalado que *"De conformidad con lo establecido en el artículo 1.309 del Código Civil la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado validamente. Según dispone el artículo 1.311 del mismo Código Civi, la confirmación puede hacerse expresa y tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.*

En interpretación de este precepto, ha señalado la doctrina jurisprudencial que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1.980, 4 de julio de 1951, 15 de febrero de 1.995, 12 de noviembre de 1.996, 21 de julio de 1997).

El FROP tomó la decisión de canjear participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de Catalunya Banc. Dicho canje por acciones era forzoso.

Estas acciones de Catalunya Banc no cotizan en ningún mercado, teniendo reconocido el testigo D. Alejandro , empleado de la entidad bancaria demandada, que recomendaron a la demandante que vendiera sus acciones al Fondo de Garantía de Depósitos, como única forma de obtener liquidez.

También le aseguró a la Sra. Esperanza , dice el testigo Sr. Alejandro , que esta venta -que a diferencia del canje de acciones era voluntaria- no podía perjudicarle en ningún caso y que podría defender sus intereses ante los tribunales, por lo que difícilmente puede entenderse que se está ante una confirmación tácita del contrato por parte de la Sra. Esperanza , ya que los términos en que dicho canje y venta se produjeron distan mucho de una situación libre y de voluntaria convalidación del contrato viciado, pues dichos negocios se hicieron bajo la circunstancia clara de obtener una solución de liquidez y con la condición de no renunciar a las acciones futuras para lograr la ineficacia del contrato de origen y sus derivados. Por ello no puede afirmarse que exista una sanación o conversión del contrato nulo, ni que el comportamiento de la demandante ahora sea contrario a sus actos anteriores.

CUARTO.- La consecuencia de la nulidad es la restitución de las respectivas prestaciones, de las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil .

El deber de restitución que impone el mencionado artículo, es aplicable no sólo a los supuestos de anulabilidad sino también a los de nulidad absoluta, tratándose de conseguir a través del mismo que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (sentencia de 26 de julio de 2000), restitución para la que no se necesita petición expresa (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1.983 y 24 de febrero de 1.992 y 8 de enero de 2007), dado que la obligación de restitución no nace del contrato, sino de la ley (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006 y de 22 de mayo de 2006), motivo por el que aun cuando no se pida, no se incurre en incongruencia.

Alega la parte demandada hoy apelante que con el canje de participaciones preferentes y deuda subordinada por acciones y posterior venta de estas, se hace imposible que la Sra. Esperanza restituya a la demandada aquellos productos financieros inicialmente adquiridos, olvidando que es de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 1.307 del Código Civil , el cual establece que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pudiera devolverla por haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la fecha, ya que tal y como ha establecido la jurisprudencia sobre la materia, el término "haber perdido" incluido en el texto legal, debe de ser entendido en sentido amplio: pérdida culpable, o por caso fortuito, o por haberse transmitido a tercero adquirente de buena fe, como sería el caso de autos."

En el presente caso concurren las mismas circunstancias que en la sentencia mencionada y ello porque el canje de las participaciones preferentes por acciones de Catalunya Banc fue forzoso y si bien la venta al Fondo de Garantía de Depósitos fue un acto voluntario, canje y venta se realizaron, tal como ha manifestado el testigo don José Ignacio Riera Vives, en unidad de acto, siendo dicha venta la única posibilidad de obtener liquidez en cuanto que las acciones consecuencia del canje forzoso no cotizaban en ningún mercado, tal como se afirma en el documento de venta. Por tanto, dicha venta, en cuanto que única posibilidad de obtener liquidez, no puede considerarse como una confirmación tácita de un contrato viciado.

Cuarto.- Vicio del consentimiento.

El artículo 1.265 del Código Civil establece que "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo" añadiendo el artículo 1.266 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."

En relación con el error como vicio del consentimiento la Audiencia Provincial de Baleares en la reciente sentencia de 17 de octubre de 2013 ha señalado que *“La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2012 , citada por la parte apelante en la fundamentación de su recurso, resume la doctrina acerca de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de error vicio del consentimiento*

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -"pacta sunt servanda"-imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de

meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

El error es excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular de acuerdo con los postulados del principio de buena fe. La diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, pues la función básica de requisito de la inexcusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración.

Expuesto lo anterior, para la resolución de la presente litis hay que partir de los siguientes hechos:

1º En primer lugar, y por lo que se refiere a las circunstancias personales de la actora hay que señalar que el artículo 78 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores clasifica a los clientes en profesionales y minoristas, siendo los primeros aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarias para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos, circunstancias que no ha quedado acreditado que concurren en el caso de autos, por lo que debe partirse de la consideración de la actora como cliente minorista y así además los clasificó la entidad demandada, tal como se desprende del documento número siete que se acompaña con el escrito de demanda.

2º En segundo lugar, y por lo que se refiere a la intervención de la demandada, la misma alega que intervino como mera comercializadora e intermediadora.

El artículo 65 de la Ley del Mercado de Valores establece que "Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta ley, podrán realizar habitualmente todos los servicios previstos en su artículo 63, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica les habiliten para ello", por lo que la entidad demandada al prestar un servicio de inversión debe cumplir las obligaciones de información que establece la ley y cuya omisión es lo que determina el vicio de consentimiento que alega la parte actora en su demanda.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Baleares en la sentencia de 17 de octubre de 2013 al señalar que *"Acerca de la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada, por cuanto su intervención se ha militado a intermediar en la compra, no siendo ella la vendedora de los títulos, este tribunal en sentencia de 17 de julio de 2013 en un caso similar al presente ya señaló: "Dicha orden de compra no puede desligarse de la restante documental aportada junto con la demanda, esto es, el contrato de depósito y administración de valores suscrito por las partes litigantes en fecha 7 de julio de 2008- documental de los folios 92 y siguientes- y el contrato de apertura de cuenta de inversión- documental de los folios 97 y siguientes- suscrito por las mismas partes y en la misma fecha, que comportan, como se estudiará más adelante, un deber de asesoramiento, pero es que, como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en su sentencia de 13 de noviembre de 2012 , incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad, demandada hoy apelante queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley de Mercado de Valores , por lo que resulta incuestionable que dichas entidades financieras, obligadas a dar esa información, están legitimadas pasivamente en las acciones como la presente en que se reclama, precisamente, por la inexistencia de esa información o asesoramiento."*

Y en sentencia de fecha 22 de abril de 2014 ha señalado que *"Como ha tenido ocasión de señalar éste Tribunal en reiteradas sentencias -13 de noviembre de 2012 , 17 de julio de 2013 , 31 de enero y 17 de febrero de 2014 - incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad demandada hoy apelante queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley de Mercado de Valores , por lo que*

resulta incuestionable que dichas entidades financieras, obligadas a dar esa información, están legitimadas pasivamente en las acciones como la presente en que se reclama, precisamente, por la inexistencia de esa información o asesoramiento.

La alegación de que la entidad bancaria demandada era mera comercializadora y garante de las participaciones preferentes carece de relevancia para las resultas del presente litigio. Lo que determina la existencia de una obligación reforzada de informar al cliente legalmente impuesta a la entidad bancaria no solo depende del tipo de relación jurídica que se establezca entre ésta y el inversor comercialización o asesoramiento- sino también, y de modo esencial, del perfil del cliente. Éste puede ser minorista, profesional o contraparte elegible. Al ser el actor, indubitadamente, inversor minorista, la protección es máxima cuando, además, el producto que se le vendía era complejo (artículo 79 bis. 8. en relación con el artículo 2 apartados 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores).

El artículo 79 bis, apartado 7 de la Ley del Mercado de Valores establece que el objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios 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, advirtiéndole en aquellos casos en los que el producto no es adecuado.

Únicamente se excluyen de la evaluación de la conveniencia los supuestos a los que se refiere el artículo 79 bis apartado 8 de la Ley del Mercado de Valores , en los que la entidad presta el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes y, además, a iniciativa del cliente, supuesto que no concurre en el caso de autos.”

El Pleno del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 20 de enero de 2014 ha señalado que “Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), “(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente” (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

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

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

En el presente caso, no nos encontramos ante la divulgación general de un producto sino ante una recomendación dirigida al cliente a través de la propia entidad demandada, tal como se desprende de la declaración testifical de don José Ignacio Riera Vives, el cual ha declarado en el acto de juicio como testigo y ha afirmado que fueron ellos quienes ofrecieron a Margarita las participaciones preferentes. Además, de la documentación obrante en autos no se desprende que la tarea encomendada a la entidad demandada se limitase a la ejecución de una orden de

compra de participaciones preferentes. Así resulta de las órdenes de compra que se acompañan con la demanda en las que se indica “A los efectos de la normativa sobre protección de los inversores en instrumentos financieros, la inversión resulta adecuada de acuerdo con el resultado del test de conveniencia” así como “Los abajo firmantes hacen constar que conocen el significado y la trascendencia de la presente orden” y es precisamente esta falta de información la base de la demanda interpuesta por la parte actora.

3º En tercer lugar, y por lo que se refiere a la información, el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores bajo la rúbrica “Obligaciones de información” establece que “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. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, 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 aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad

de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

En relación con esta obligación de información la Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 25 de octubre de 2013 ha señalado que *“Siendo ello así, la necesidad de protección del inversor minorista conllevó la transposición de la Directiva 2.004/39/CE a nuestro derecho mediante la Ley 47/2.007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV, y por el RD 217/2.008, de 15 de febrero, que es lo que constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo también mantener, en todo momento, informados a los clientes; información, la señalada, que ha de ser imparcial, clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece; es decir, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.*

En la misma línea, el art. 60 del citado Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero, dispone que la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible; la información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirija o para sus probables destinatarios; la información no ocultará, encubrirá, ni minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

En definitiva, que como ya se dejó sentado en la repetida sentencia de 15 de marzo de 2.013 de esta misma Sección , tantas veces ya citada, 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, 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 ", siendo exponente de lo que se dice el art. 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. En definitiva, como continúa diciendo la sentencia citada " 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 ", de lo que se desprende que el legislador impone a la entidad financiera o al banco el deber de desarrollar una determinada actividad informativa.

Asimismo, a propósito de la suficiencia y claridad de la información, que debe facilitar la entidad de crédito, se debe indicar que es ésta la que debe acreditar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente, como ya se puso de manifiesto en la sentencia de 4 de diciembre de 2.010 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos , citada en la de esta misma Sección de 15 marzo de 2.013; debiendo, en armonía con ello, indicarse que la diligencia que le es exigible a la entidad financiera es la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus

clientes, no la del padre de familia, como también se dejó dicho en la sentencia de 16 de diciembre de 2.010 de esta misma Sección 5^a.

Como una exigencia más se requiere el "test de conveniencia", y en este sentido el artículo 79 bis, apartado 7, de la Ley del Mercado de Valores establece que el objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga 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, pues 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.

Es decir, que la evaluación de la conveniencia de la inversión deviene obligatoria no sólo por lo señalado en el art. 73 del Real Decreto de 15 de febrero de 2.008, sino también, como se recuerda en la reiterada sentencia de 15 de marzo de 2.013 de este Tribunal, por aplicación del principio de facilidad probatoria a que se refiere el número 7 del art. 217 de la L.E.C., toda vez que "nadie mejor que la misma entidad se halla en buena posición para acreditar ciertos aspectos de su funcionamiento interno en sus relaciones con los inversores".

En el presente caso, la única prueba obrante en autos sobre la información facilitada a la actora son las órdenes de compra de participaciones preferentes en las que se indica bajo la rúbrica "Definición del Perfil de Producto" que se trata de "Productos indicados para inversores que buscan la rentabilidad de la renta variable con un horizonte superior a 3 años y estén dispuestos a asumir disminuciones a corto plazo de la inversión y mayores volatilidades", si bien como ha señalado el testigo don José Ignacio Riera Vives, este documento, y en consecuencia esta información, no se entregó a la actora antes de la suscripción de las participaciones preferentes sino en el momento de la suscripción, por lo que la actora no tuvo tiempo con carácter previo a la suscripción para su lectura, comprensión y aceptación, debiendo destacarse además que esta información era contradictoria con la información dada verbalmente por el empleado de la entidad, y así el mismo ha afirmado en el acto de juicio al declarar como testigo que él le dijo a la actora que el producto era segurísimo y líquido, que no le informó de las características de las participaciones preferentes y que la actora salió de la oficina después de haber suscrito las participaciones preferentes en la creencia de que tenía el capital asegurado y líquido, que no se le informó de la falta de vencimiento ni de la posibilidad de perder el capital, que le dijo que el capital estaba garantizado y que no lo iba a perder nunca.

De lo anterior se desprende que la entidad demandada no informó a la actora de la naturaleza del producto, los riesgos asumidos, en concreto la posible pérdida de la totalidad del capital, su carácter perpetuo, sus desventajas en relación con otros productos en caso de insolvencia del emisor, así como que la percepción de intereses estaba sujeta a la obtención de beneficios por parte del emisor, información toda ella referida a datos esenciales para la formación de la voluntad.

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 20 de enero de 2014 ha señalado que "*por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error*" añadiendo que "*El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible*

para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.”

En consecuencia, esta falta de información impidió a la actora conocer los riesgos del producto que contrató, lo que implica que la representación mental que la actora se hizo del citado producto era equivocada y que por tanto el consentimiento se prestó por error, error que debe considerarse esencial, habida cuenta que se ofreció un producto de inversión sin informar sobre su naturaleza, características y riesgos y ha de considerarse excusable y ello porque en el presente caso tal como ha establecido la Audiencia Provincial de Baleares en sentencia de fecha 3 de marzo de 2014 existe una incoherencia entre el perfil inversor de la actora y el tipo de producto ofrecido y suscrito por la misma.

Y así, por lo que se refiere al perfil inversor de la actora, el mismo se desprende tanto de la declaración testifical de don José Ignacio Riera Vives, que ha afirmado en el acto de juicio, al declarar como testigo, que la actora quería productos seguros, con capital garantizado y que la actora tenía nulos conocimientos financieros, como del propio test de conveniencia en el que se indica que la actora tiene un conocimiento financiero normal, esto es, el conocimiento y la experiencia inversora suficiente para contratar productos de ahorro inversión tanto sin riesgo como con riesgo de rentabilidad, definiendo estos últimos como productos MiFID en los que hay riesgo de pérdida de intereses pero no de la inversión inicial.

Y no obstante este perfil inversor, esto es, productos sin riesgo de perder el capital invertido, se le ofrecieron participaciones preferentes, entre cuyos riesgos se incluye la posibilidad de perder el capital invertido.

Son estas diferencias las que permitieron que surgiese el error y que este fuese excusable para la inversora minorista habida cuenta su imposibilidad de entender el producto y la ausencia de información suministrada por la entidad bancaria demandada para salvar esta dificultad y permitirles un conocimiento adecuado del producto financiero que adquiriría.

Consecuencia de la existencia del vicio del consentimiento es la declaración de nulidad de la suscripción de participaciones preferentes.

El artículo 1.303 del Código Civil establece que “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.”

Como consecuencia de la declaración de nulidad la parte demandada está obligada a devolver a la actora la cantidad invertida más los intereses legales desde la fecha de suscripción de las participaciones preferentes y la parte actora está obligada a devolver a la demandada la cantidad de 21.637 euros más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la venta y los intereses percibidos de las participaciones preferentes y ello al amparo del artículo 1.307 del Código Civil que establece que “Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.”

Alega finalmente la parte demandada la existencia de actos propios de la actora al haber estado percibiendo durante un tiempo los intereses de participaciones preferentes suscritas, alegación que tampoco puede ser estimada y ello porque el artículo 1.311 del Código Civil exige para que exista confirmación tácita que con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, circunstancia que no concurre en el caso de autos en cuanto que no costa acreditado en autos que la actora hubiera tenido conocimiento de la causa de nulidad durante el tiempo que cobró los intereses de las participaciones preferentes suscritas.

Quinto.- Costas.

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado primero establece que “ En los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrá a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”. No concurriendo tales circunstancias procede imponer las costas a la parte demandada.

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA presentada por el procurador de los tribunales don Gonzalo Bernal García, en nombre y representación de doña Margarita Asunción Alemany Pérez, contra la entidad CATALUNYACAIXA, y en consecuencia:

1º DECLARO la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes detallados en el hecho tercero de la demanda por error en el consentimiento.

2º CONDENO a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

3º CONDENO a la demandada a abonar a la actora la cantidad de **65.000 euros**, debiendo la actora devolver, en consecuencia, la cantidad de 21.637,75 euros percibidos por la venta de acciones consecuencia del canje de las participaciones preferentes, compensándose estas cantidades.

4º CONDENO a la demandada a abonar a la actora el interés legal de la cantidad de 65.000 euros desde las fechas de suscripción de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y la actora deberá abonar a la demandada el interés legal de la cantidad de 21.637,75 euros desde la fecha de venta de las acciones y las cantidades abonadas por intereses por la entidad demandada, compensándose estas cantidades.

5º CONDENO a la demandada al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguientes al en que se notifique esta resolución. No se admitirá a trámite el recurso si la parte al tiempo de interponerlo no acredita DOCUMENTALMENTE haber constituido el oportuno depósito para recurrir mediante la consignación del importe de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, así como el importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden jurisdiccional civil establecida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012), modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013).

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Esta sentencia fue leída y publicada estando S.S^a. celebrando audiencia pública. Doy fe.

Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201410053792809	
Asunto	Comunicación del Acontecimiento 28: SENTENCIA 00131/2014 Est.Resolución:Publicada	
Remitente	Órgano Judicial	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14 de Palma de Mallorca, Islas Balears [0704042014]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO CIVIL [0704042014]
Destinatarios	BERNAL GARCIA, GONZALO [314]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares
Fecha-hora envío	17/09/2014 15:05	
Adjuntos	00015718692012070404201411.RTF(Principal) Hash del Documento: 45ca06483bdda8f266810c84ad3621c38c662719	
Datos del mensaje	Tipo procedimiento	ORD
	Nº procedimiento	0000145/2014
	Detalle de acontecimiento	NOTIFICACION
	NIG	0704042120140004336

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
18/09/2014 12:06	BERNAL GARCIA, GONZALO [314]-Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares	LO RECOGE	
18/09/2014 09:37	Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares (Palma de Mallorca)	LO REPARTE A	BERNAL GARCIA, GONZALO [314]-Ilustre Colegio de Procuradores de Baleares

(*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.