

NOTIFICADO 18-04-2016

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA NUMERO DOS DE DENIA
(ANTIGUO MIXTO TRES)**

Teléfono: 966428332

Fax: 966430833

N.I.G.:03063-42-2-2015-0001644

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000300/2015-P

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a. CABRERA ROVIRA, JUSTO

Contra: D/ña. CATALUNYA BANC, S.A.

Procurador/a Sr/a. GREGORI FERRANDO, ENRIQUE

SENTENCIA N° 68 / 2016

JUEZ QUE LA DICTA: D. JOSÉ JOAQUÍN HERRERO LÓPEZ

Lugar: DENIA

Fecha: Dieciocho de marzo de dos mil dieciséis

PARTE DEMANDANTE: D.

Representada por el Procurador de los Tribunales: D. Justo José Cabrera Rovira

Defendida por el Abogado: D. Alfonso Soler Morell

PARTE DEMANDADA: CATALUNYA BANC, S.A.

Representada por el Procurador de los Tribunales: D. Enrique Gregori Ferrando

Defendida por la Abogada: Dña. María del Mar Menargues Pérez

OBJETO DEL JUICIO: Subordinadas. Nulidad de contrato por vicios del consentimiento.

En Denia, a 18 de marzo de 2016

Vistos por D. José Joaquín Herrero López, Juez stto. titular del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Denia y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario número 300/2015, promovidos por D.

representado por el Procurador de los Tribunales D. Justo José Cabrera Rovira y defendido por el Abogado D. Alfonso Soler Morell, contra CATALUNYA BANC, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Enrique Gregori Ferrando y defendida por la Abogada Dña. María del Mar Menargues Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador de los Tribunales D. Justo José Cabrera Rovira, en representación de D. [redacted] presentó demanda de juicio ordinario contra CATALUNYA BANC, S.A., interesando sentencia en la que se declare la nulidad del contrato de compraventa de deuda subordinada de Obligaciones Subordinadas emitidas por CATALUNYA BANC, S.A., por error en el consentimiento por incumplimiento por parte de la entidad financiera demandada de sus obligaciones precontractuales de información, y subsidiaria de resolución de los mismos, condenando a la demandada a la devolución de las cantidades recibidas en tal concepto del actor por importe total de 324.500 € (TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS EUROS), más comisiones, gastos e intereses correspondientes, con la minoración que se indica en la suma percibida por el hoy demandante como consecuencia de la venta al Fondo de Garantía de Depósitos así como la cuantía en que se cifren los intereses liquidados al actor por tales productos, que ascienden a la cantidad de 104.301,18 €; subsidiariamente a lo anterior, en el caso de que fuera desestimada la pretensión principal, se interesa que se declare que la demandada es responsable de los daños y perjuicios generados al actor por la suscripción de los indicados productos bancarios por falta de diligencia e incumplimiento contractual de sus obligaciones de información y transparencia, cuantificando dichos daños en la cantidad de 72.752,90 € más los intereses desde la interposición de la demanda; todo ello con los intereses de la mora procesal hasta el completo pago y expresa condena en costas de la parte contraria. Por la demandada se contestó la demanda con oposición a la misma en cuanto al fondo, negando los hechos alegados de contrario, e interesando la desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora, manifestando su oposición a la cuantía del procedimiento especificada de contrario, que se fijó por esta parte en la cantidad de 72.752,90 €, en todo caso a aminorar con los rendimientos percibidos por importe de 104.301,18 € por ser esta la diferencia entre el importe inicial de las inversiones (324.500 €) y la cantidad recuperada como consecuencia de la aceptación de la oferta del Fondo de Garantía de Depósitos (251.745 €), e interponiendo con carácter previo las excepciones siguientes: a) falta de acción y de legitimación activa, toda vez que la parte actora aceptó voluntariamente la devolución del Fondo de Garantía de Depósitos, de manera que la estimación de la demanda haría inviable la restitución recíproca de las prestaciones, resultando de estimarse la demanda una resolución de imposible ejecución; b) caducidad de la acción de anulabilidad contractual, al haber transcurrido el plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 1301 del Código Civil en relación con los artículos 1265 y siguientes del mismo Cuerpo legal.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que contestara en el plazo de 20 días, contestación que se verificó en plazo, señalándose para la audiencia previa el día 1 de octubre de 2015, en que tuvo lugar, y en la que se admitió para su práctica la prueba siguiente.

1.A propuesta de la parte actora: a) Documental por reproducida; b) Pericial de Dña. Nuria María García Pascual, cuyo informe es aportado en el escrito de demanda (Documento núm. 24).

2.A propuesta de la parte demandada: a) Documental por reproducida.

TERCERO. Señalado día para la vista del juicio el 16 de marzo de 2016, comparecieron las partes ratificando sus posiciones y, practicada la prueba propuesta y admitida en la audiencia previa con el resultado que consta al soporte audiovisual incorporado a las actuaciones, quedando los autos conclusos y vistos para sentencia.

CUARTO. En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales, incluida la relativa al plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Pretensión de la parte actora y oposición de la demandada.

La parte actora ejercita acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento en el negocio de adquisición de deuda subordinada, suscrito en las fechas 7 de abril de 2005, 8 de abril de 2005, 12 de abril de 2005, 13 de abril de 2005, 19 de abril de 2005, 21 de abril de 2005, 11 de mayo de 2005, 12 de mayo de 2005, 23 de mayo de 2005, 27 de mayo de 2005, 2 de junio de 2005 y 13 de noviembre de 2008 (Documentos núm. 3 al 18 de la demanda) correspondientes a la 4ª, 6ª y 7ª emisión de Obligaciones de Deuda Subordinada de Catalunya Banc, S.A.

Por la demandada se contesta a la demanda, con oposición a la misma en cuanto al fondo, negando los hechos alegados de contrario, manifestando en esencia la falta de acreditación del error invalidante del consentimiento, e interesando la desestimación de la demanda, manifestando, con carácter previo, la excepción de caducidad de la acción (a resolver en la presente sentencia, por determinar su consideración la entrada en el fondo del asunto), y de falta de legitimación activa, toda vez que la actora vendió la deuda subordinada de la que era titular al Fondo de Garantía de Depósitos.

SEGUNDO. Régimen jurídico de los productos de riesgo, participaciones preferentes y, en su mismo ámbito, deuda subordinada. Función financiera.

La participación preferente tiene su fuente normativa en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el artículo 1.10

de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente.

El producto ahora analizado consiste en un valor negociable de imprecisa naturaleza. Inicialmente parece responder a un valor de deuda, por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex artículos 401 y siguientes de la LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

La función financiera legalmente impuesta a la participación preferente muestra que no es un valor de deuda o de captación de recursos financieros ajenos sujetos a restitución a unas condiciones de vencimiento; del mismo modo, su contenido legal revela que los derechos típicos que los valores de deuda atribuyen a sus titulares son en ella inexistentes y que la participación preferente es, realmente, una clase especial de acción legalmente regulada.

La función financiera legal de la participación preferente es la misma que la del capital social y demás elementos componentes del patrimonio neto: computar como recursos propios de la entidad de crédito emisora. Ello comporta un tratamiento jurídico y contable que la alejan del propio de los valores de deuda. El dinero invertido en participaciones preferentes está sujeto, "*ministerio legis*" y de forma permanente, a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión. Por ello, la función financiera legal de la participación preferente es incompatible con la propia de las obligaciones y demás valores de deuda porque éstos incorporan una deuda jurídicamente real del emisor y tienen el tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo. En cambio, el nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor -a pesar, se insiste, de ser legalmente calificada como instrumento de deuda, calificación en cierto modo incorrecta y engañosa-. Y no lo es porque no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora. La Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 obliga a que el dinero captado mediante participaciones preferentes ha de estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable.

La participación preferente responde a la naturaleza de clase especial de acción cuya fuente de regulación es la Ley, como sucede con las acciones sin voto y las acciones rescatables. Pero es una acción desvirtuada y cautiva porque esenciales derechos propios del accionista -todos los societarios y parte considerable de los patrimoniales- resultan en ella excluidos legalmente. Ello lo confirma la referida Directiva 209/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que de forma correcta no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino que, en un ejercicio de indefinición, la califica 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. Ello excluye, por tanto, su tratamiento como pasivo de la misma, que es lo que sugiere su calificación legal como instrumento de deuda.

La naturaleza accionarial de la participación preferente deriva de las siguientes razones según la referida Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985:

1) La participación preferente es destinataria de un especial régimen o sistema de rentabilidad cuya activación se condiciona legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora (o de los del grupo consolidable en el que ésta se integre); tras la Ley 6/2011 puede depender de la decisión del órgano de administración de ésta.

2) La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad de crédito mediante su emisión deberá estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable.

3) En consecuencia, la liquidez de la participación preferente únicamente puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad: bien porque el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Nótese, por ello, que la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito "deudora", cuyo efecto correlativo en los miedosos mercados de valores es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido.

En otros términos, el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad. Su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad.

4) El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Ello revela que la participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. El riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas. Pero con la siguiente particularidad no exenta de interés: los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor.

Las anteriores circunstancias y notas características hacen, en una primera aproximación general, dudar seriamente de que las participaciones preferentes sean un instrumento apto como producto de inversión para clientes minoristas.

TERCERO. Consecuencias derivadas del régimen jurídico de la deuda subordinada.

Expresado lo anterior, surge de inmediato la siguiente apreciación. A saber:

Por otra parte, la deuda subordinada debe integrarse dentro de la categoría de los valores complejos a que se refiere el artículo 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores. Este precepto considera no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de "general conocimiento". En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurren las siguientes tres condiciones: 1ª. 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. 2ª. Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento. 3ª Que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Por ello, la deuda subordinada es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos.

CUARTO. Régimen vigente de la información reglada como sistema de protección del inversor.

Los artículos 38 y 39 del RD 1310/2005 contienen la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. El primero, el minorista, es caracterizado por defecto o exclusión: lo es quien no es experto o cualificado. El minorista es merecedor de mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor (y ello es lo que se predica precisamente en el preámbulo de la Ley 6/2011, de 11 de abril). Se da, así, lo que se ha venido llamando una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor o comercializador y los inversores minoristas.

La superación por insuficiencia del sistema de información reglada como sistema de protección del inversor minorista -y, por tanto, se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional- tomó definitivo impulso por la transposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero.

Esta normativa impone que, al colocar deuda subordinada entre clientes minoristas, las entidades de crédito tienen el deber general de *“comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones*

reglamentarias de desarrollo” (art. 79 LMV). Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información (art. 79 bis LMV). La entidad debe *“mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes”*. Tal información debe ser *“imparcial, clara y no engañosa”* y debe versar *“sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión(...)”* en función de que la misma *“les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa”*. El régimen de las obligaciones de la entidad en este orden es desarrollado por el RDL 217/2008, especialmente en sus artículos 60 y 64.

Descendiendo todavía más sobre las obligaciones concretas de información, el artículo 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, expresa 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 siguientes obligaciones:

1ª. Obligación de obtener 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 aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

2ª. Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.

3ª. Deber de solicitar al cliente minorista 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.

4ª. Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

5ª. En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

QUINTO. Régimen de la información aplicable al contrato.

La normativa y consideraciones precedentes caracterizan la situación legal del momento presente.

Ciertamente, durante dicho período, anterior a la adquisición que nos ocupa, entró en vigor la Directiva 2004/39/CE, traspuesta con anterioridad a la contratación de las preferentes. No obstante, como antes se ha expuesto, el efecto de su transposición también afectaba a los clientes anteriores en el tiempo a su entrada en vigor, pues la obligación de información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual- debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato.

En todo caso, el avance significativo en la protección del cliente minorista no significa que los contratantes anteriores a la fecha de transposición de la referenciada Directiva estuvieran desprovistos de una normativa tuitiva de su posición, esencialmente en lo que afecta a la necesaria información previa y la apreciación de la conveniencia de la inversión. Antes de la transposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro Derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación de información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual- que debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato.

En el indicado sentido es predicable:

a) El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, lo que está en directa relación con la propia normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), que rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

b) En esta línea, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, imponía la exigencia en sus artículos 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

c) Es en desarrollo de dicha Ley cuando el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y a ello se añadía que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. Y, en definitiva, ello es lo que se predica a través de los artículos 45.3 y 72 del RD 217/2008, que imponen la prestación de información de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicios de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones.

SEXTO. Aplicación de la doctrina precedentemente expuesta al supuesto enjuiciado. El error como vicio del consentimiento.

Las previsiones anteriores tienen su importancia radical en orden a conseguir que la información prestada por las entidades financieras reúna unas condiciones "objetivas" de corrección (información clara, precisa, suficiente y tempestiva) y otras que podrían calificarse de "subjetivas" por atender a circunstancias concretas de su cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos financieros complejos, y otros aspectos de esta naturaleza).

En atención, por tanto, a todo lo señalado, la actividad probatoria del caso concreto permite sostener que las anteriores previsiones no se han cumplido, siendo como es el producto adquirido aleatorio, complejo y de máximo riesgo. De este modo, y a tenor de lo que se expuso:

1) Desde el punto de vista objetivo, no consta que la documentación "precontractual" que la parte demandada afirma haber facilitado a su cliente haya llegado a su conocimiento, prueba que, por ser exclusiva incumbencia de la parte que lo alega como fuente de su interés, corresponde a la demandada (art. 217 LEC). Y, desde este instante, la prueba de la información oportuna y ajustada a los parámetros legales en

un producto novedoso, complejo y arriesgado -salvo para los contratantes en un mercado muy especializado y de riesgo-ha quedado entredicho. La entidad bancaria no ha aportado prueba alguna al respecto, habiendo sido requerida para ello, siendo que las suscripciones de las emisiones de deuda subordinada fueron ofrecidas y transmitidas al actor como un plazo fijo.

2) Tampoco la prueba de la información que el banco pudo ofrecer al cliente, siquiera de forma verbal, antes de la firma, ha quedado mínimamente aclarada, pues el actor consideraba que contrataba un producto cercano a un depósito o plazo fijo. Así se expone en la demanda y se defiende por la parte actora. Al Sr. se le debió informar sobre los variados productos que podían adaptarse a su perfil inversor, por ser el "*modus operandi*" o práctica que se seguía en la comercialización de los productos. Sin perjuicio de ello, como quedó apuntado, ni puede precisar el alcance de la información, ni existe prueba alguna que la determine.

3) Desde el punto de vista subjetivo, no se aprecia de ningún modo que se haya cumplido -o, por lo menos, no se ha probado- con los requisitos legales mínimos de información que permitieran al actor tener pleno conocimiento del producto financiero que adquiriría, dada su nula experiencia inversora falseada, sin duda, en el test de conveniencia aportado, pues el demandante es agricultor, sin estudios ni conocimientos financieros. Así, y como más relevante, que el principal invertido en ella pudiera perderse, bien porque el pago de la misma acarrese que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios, porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles, o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Como antes de expuso, el dinero invertido en deuda subordinada está sujeto de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión.

Y es precisamente la combinación de las circunstancias señaladas las que permite a este juzgador considerar que concurrió el vicio del consentimiento (cfr. art. 1261 y 1266 CC) alegado de error para procurar así la nulidad del contrato, sobre todo en el aspecto relativo al carácter imparcial de tal información y de advertencia sobre la inadecuación del producto, complejo y de alto riesgo, al perfil del inversor.

Y el error en que el actor incurrió supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. Mas no todo error o ignorancia de circunstancias servirá para anular el contrato; debe exigirse que sea suficientemente importante, relevante, y que no sea imputable a la negligencia de quien lo sufre (excusabilidad).

En el caso, debe considerarse que el error fue esencial, puesto que ha afectado a las obligaciones principales del contrato y a la característica de alto riesgo del mismo; sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, sobre la base, ya se ha razonado, de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata, y, sobre todo, del riesgo que asumía; y excusable, pues confió el actor en la palabra de un empleado bancario sin ser consciente de los altos riesgos de un contrato complejo del que no recibió -o no se ha probado que recibiera- la necesaria información para ponderar sus riesgos y decantarse conscientemente sobre su contratación.

En conclusión, cabría decir que cuando un contrato es complejo y presenta importantes riesgos económicos para el cliente contratante, el deber de buena fe en la información en todas las fases de desarrollo del negocio se acrecienta, pues la deslealtad de una parte no se evapora por la actitud -en ocasiones ingenua, casi siempre confiada- del afectado. El Derecho, en fin, no puede ser más protector de los astutos que defensor de los confiados.

SÉPTIMO. Rechazo de los argumentos de la contestación a la demanda.

La parte demandada aduce varios motivos de oposición a la pretensión. Todos van a ser rechazados.

En tal sentido, procede indicar lo siguiente:

1º. No puede aceptarse que se considere que la acción de nulidad por anulabilidad por error ha caducado de acuerdo al artículo 1301 del Código Civil. Dicho precepto indica declara: "*La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos (...) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato*". Dado que el plazo previsto en el precepto es de caducidad -que no admite interrupción y es apreciable incluso de oficio-, la jurisprudencia ha sido certera a la hora de precisar que el momento inicial del cómputo del plazo de cuatro años no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1969 del Código Civil, sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 -en relación a un contrato de préstamo- en cuanto afirma que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. Todavía más: la Sentencia del TS 11 de junio de 2003 declara que la consumación del contrato coincide con el instante en que se han realizado todas las obligaciones o cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Y sostiene así que tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde

la consumación del contrato (art. 1301 CC). Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato. Los argumentos anteriores, en aplicación al caso presente, permiten el rechazo de la excepción invocada, pues durante todo el periodo de vigencia de lo acordado de forma viciosa las prestaciones no se habían consumado, ni siquiera una vez producido el canje de las iniciales participaciones preferentes por obligaciones subordinadas y la cantidad en efectivo directamente aplicada a la suscripción de obligaciones convertibles. Por otra parte, y además, debe significarse que la actora defiende la inexistencia de consentimiento, determinante de la nulidad absoluta de la transmisión (art. 1261 del CC), lo que implica que la acción es imprescriptible, toda vez que nos hallamos ante un producto calificado como de riesgo, por lo que, siendo lo expuesto de tal manera, cabe considerar que el consentimiento del actor se encuentra viciado por error de tal envergadura y relevancia que, sin género de duda alguno, el mismo alcanza al propio objeto del contrato. En consecuencia, bien podría entenderse, también y a mayor abundamiento, que nos encontramos ante un supuesto evidente de nulidad de pleno derecho, entendida a efectos prácticos como radical improductividad de efectos jurídicos, que es el más grave grado de ineficacia con que el ordenamiento jurídico sanciona la carencia de elemento esencial en el contrato.

2º. No puede estimarse tampoco la alegación, siquiera apuntada, sobre la falta de legitimación activa del actor, toda vez que a pesar de que el actor aceptó el canje de deuda subordinada por acciones de Caixa Catalunya, ésta se planteó por la demandada como la única opción posible para recuperar el dinero y como imposición normativa. Dicho canje forzoso fue acordado por el FROB en virtud de resolución administrativa publicada en el BOE el 1 de junio de 2013. Por tanto, nos encontramos ante una novación del contrato, por cuanto si bien el objeto del mismo ha cambiado, lo cierto es que dicha mutación no es consecuencia de la voluntad de las partes sino una imposición administrativa de obligado cumplimiento; ni tampoco que se han extinguido las acciones de ineficacia contractual, por razón de la imposibilidad de restituir las prestaciones, dado que dicho efecto sigue siendo perfectamente posible.

OCTAVO. Efectos de la nulidad declarada.

Debe sancionarse igualmente que la inevitable aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato arrastra al canje realizado, considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo en los términos antedichos, la ineficacia por nulidad relativa abarca o engloba el contrato inicial y los posteriores con el mismo origen -superando con ello, aunque el efecto final sea el mismo, la mención a la resolución del canje producido-. Es incuestionable

que existe un nexo de conexión evidente entre ambos actos por los que se adquirieron las sucesivas deudas subordinadas y el canje posterior por otros productos al que fue el actor lastrado por la decisión unilateral de la entidad bancaria demandada. Como mantiene el TS en su Sentencia de 17 de junio de 2010 y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas de la deuda subordinada no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos, o actos, coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de actos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya.

Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el artículo 1303 del Código Civil, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. En consecuencia, el precepto define la "*restitutio in integrum*", con retroacción "*ex tunc*" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución del principal invertido (324.500 €) y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal interesado devengado desde el instante en que se materializaron -supuesta o efectivamente- las correspondientes y sucesivas órdenes de compra como medio de lograr un justo reintegro patrimonial. Empero, del mismo modo deberán los actores reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses o cupones abonados durante el periodo de vigencia de la deuda subordinada con el interés legal desde el instante en que se formalizaron. Nótese, en fin, y sirva como recordatorio que es doctrina jurisprudencial reiterada (cfr. por todas, las Sentencias del TS de 24 de marzo o de 22 de mayo de 2006, entre otras muchas), que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecido, sin que suponga incurrir en incongruencia.

En consecuencia de lo anterior, en ejecución de sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (art. 219.2 LEC) que se acaba de citar. Por lo que, en ejecución de la presente sentencia se determinará la cantidad oportuna de la que, por vía de la compensación judicial, resulta ser acreedora la parte actora.

NOVENO. Costas procesales. Procede la imposición de las costas del procedimiento a la parte demandada, de conformidad con el artículo 394.1 de la LECiv.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

1º) ESTIMO la demanda interpuesta por D.
contra CATALUNYA BANC, S.A.

2º) DECLARO LA NULIDAD de las compras adquiridas por el actor de deuda subordinada emitida por CATALUÑA BANC, S.A. por concurrencia de error en el consentimiento.

3º) CONDENO a CATALUNYA BANC, S.A. a la devolución íntegra del capital nominal de 324.500 € (TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS EUROS), más comisiones y gastos, más los intereses legales computados desde la fecha valor en que fueron adeudados en la cuenta del actor, minorando dicha cantidad en la suma percibida como consecuencia de la venta al Fondo de Garantía de Depósitos que asciende a la cantidad de 251.745,00 € (DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS), minorándose a su vez en la cuantía en que se cifren los intereses liquidados al actor por el producto financiero adquirido, que se efectuará en ejecución de sentencia.

4º) Procede expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte demandada.

Así por esta mi sentencia, de la que se libraré testimonio suficiente para su unión a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, previniéndoles de que la misma no es firme, por haber contra ella recurso de apelación.

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir el preceptivo depósito,

que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente (JJJJ 0000 CC EEEE AA) indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada la presente Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe en el día de la fecha estando celebrando Audiencia Pública. Doy Fe.-