JUZGADO DE 1ª INSTANCIA
Nº 53 DE BARCELONA

JUICIO VERBAL Nº 1477/2012-1B

SENTENCIA 97/2013

En la ciudad de Barcelona, a 24 de abril de 2013.

Vistos por mí, **DOÑA BERTA PELLICER ORTIZ** , Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número 53 de Barcelona , los autos del Juicio Verbal nº 1477/2012-1ºB, promovidos por [redacted] , que ha comparecido en las presentes actuaciones representado por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Moratal Sendra y asistido por la Letrada Doña Montse Serrano Bartolomé y dirigidos contra la entidad mercantil **"CATALUNYA BANC , S.A."**, que ha comparecido en las presentes actuaciones representada por el Procurador Don Antonio María de Anzizu Furest y asistida por el Letrado Don Ignacio Fernández de Senespleda , en nombre y representación propios, para la ***reclamación de la cantidad de 6.000 €***,he dictado la presente Sentencia , atendiendo a los siguientes ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Don Ramón Ruíz Arco presentó Demanda de Juicio Verbal , dirigida contra la entidad "CATALUNYA BANC , S.A.", en la que acababa por solicitar que se dictara Sentencia por la que , con íntegra estimación de la Demanda:

1.- Se declare la nulidad del contrato de fecha de 8 de septiembre de 2.000 , para la adquisición de participaciones preferentes relacionadas en el Hecho Primero y tercero de la Demanda y , en consecuencia , se condene a la parte demandada a devolver a la parte actora el importe de 6.000.- euros , más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma , minorados en las remuneraciones recibidas por la actora .

2.- Subsidiariamente , se declare , de conformidad en el artículo 1.124 CC, la resolución de dicho contrato por incumplimiento por la parte demandada de sus obligaciones legales de diligencia , lealtad e

información en la venta del producto objeto de esta Demanda , en los términos recogidos en la misma , Y , como consecuencia de ello , se condene a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 6.000.- euros , en concepto de indemnización de daños y perjuicios , más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma , minorados en las remuneraciones recibidas por la actora .

3.- Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

SEGUNDO: La Demanda se admitió a trámite por Decreto de este Juzgado y se acordó citar a las partes para la celebración de la correspondiente vista , señalando a tal efecto del día 21 de abril de 2.013.

TERCERO : La vista se celebró el día 21 de abril de 2013 y a la misma comparecieron ambas partes.

En ella, la parte actora se ratificó en su demanda y la parte demandada contestó a la demanda oponiéndose a la reclamación de cantidad formulada en su contra, solicitando la íntegra desestimación de la Demanda , con expresa condena en costas a la parte actora .

Abierta la vista a prueba , la parte actora propuso prueba documental y testifical , mientras que la parte demandada propuso únicamente prueba documental .

La prueba fue admitida y practicada con el resultado que se expondrá y tras ello acordó dejar los autos para dictar Sentencia .

CUARTO: Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales y garantías procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De la Demanda y su fundamento.

Don [redacted] presentó Demanda de Juicio Verbal , dirigida contra la entidad "CATALUNYA BANC , S.A.", en la que **acababa por solicitar que se dictara Sentencia** por la que , con íntegra estimación de la Demanda:

1.- Se declare la nulidad del contrato de fecha de 8 de septiembre de 2.000 , para la adquisición de participaciones preferentes relacionadas en el Hecho Primero y tercero de la Demanda y , en consecuencia , se condene a la parte demandada a devolver a la parte actora el importe de 6.000.- euros , más los intereses legales de dicha

suma desde la fecha de de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma , minorados en las remuneraciones recibidas por la actora .

2.- Subsidiariamente , se declare , de conformidad en el artículo 1.124 CC, la resolución de dicho contrato por incumplimiento por la parte demandada de sus obligaciones legales de diligencia , lealtad e información en la venta del producto objeto de esta Demanda , en los términos recogidos en la misma , Y , como consecuencia de ello , se condene a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 6.000.- euros , en concepto de indemnización de daños y perjuicios , más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma , minorados en las remuneraciones recibidas por la actora .

3.- Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

La Demanda rectora del presente procedimiento descansa en los siguientes hechos y alegaciones :

1.- El actor es titular de 6 títulos de participaciones preferentes de la serie A , emitidos por CAIXA CATALUNYA PREFERENTIAL ISSUANCE LTD, en virtud de la orden de compra suscrita entre las partes en fecha de 8 de septiembre del año 2.000.

2.-En cuanto al **perfil del actor** : el mismo era cliente habitual de la entidad demandada ; con anterioridad a la compra de los títulos que son objeto de las presentes actuaciones adquirió 3 títulos de participaciones preferentes , de importe de 1.000.- euros cada una, en fecha de 19 de enero de 2.000 , siendo que en fecha de 2 de febrero de 2.001 , emitió orden de venta de las mismas , obteniendo el importe de 3.014,05.- euros , en definitiva , obtuvo el reintegro de las cantidades invertidas .

Se trata de un titular de perfil conservador ; de 54 años de edad , con titulación de maestro industrial electricista que trabaja como técnico de mantenimiento , sin experiencia ni conocimientos en productos de inversión .

Cuando por su repercusión conoció la problemática suscitada en relación a las participaciones preferentes , acudió a su oficina , efectuando reclamación el 28 de septiembre de 2.012.

3.- **La entidad bancaria demandada ha incumplido con sus obligaciones en materia de información , diligencia y trasparencia** por cuanto :

Alega la actora en fundamento de la Demanda que , a tenor de lo que dispone la ***STS de 14 de noviembre de 2.005***, incumbe la **carga de la prueba** a la entidad bancaria , que debe acreditar que

actuó con la diligencia exigible , que va más allá de la genérica del buen padre de familia.

En este sentido , alega la actora que el actor era cliente habitual de la entidad , en la que tenía cuenta corriente abierta . El Director de la oficina le aconsejó que no tuviera el dinero en la cuenta, que era mejor depositarlo en participaciones preferentes , que eran como un depósito pero con más interés y que podía retirar el dinero en 2 o 3 días .

Alega además la actora , en cuanto a la **información en la fase precontractual y en el momento de suscribir la operación**, que la única documentación que se entregó al demandante fue la orden de compra , y que , por todo lo expuesto , la entidad financiera incumplió su deber de informar correctamente al demandante en cuanto a la naturaleza y características del producto (producto de inversión de carácter perpetuo , de rentabilidad no garantizada , de riego elevado , susceptible de producir pérdidas en el capital invertido y que en el caso de insolvencia del emisor las participaciones preferentes se sitúan en el orden de recuperación de los créditos por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados), el riesgo que comportaba la inversión y el carácter perpetuo del producto, pues la orden de compra no permite inferir esta información y sólo recibió información verbal. Se expone además en la Demanda .Con ello la demandada infringió las obligaciones que para la misma se derivaban del ***RD 629/1993, de 3 de mayo***.

También en relación a la fase precontractual sostiene la demandante que la demandada infringió el ***artículo 4 del RD 629/1993, de 3 de mayo,*** que exige a la entidad financiera solicitar del cliente información sobre su situación financiera , su experiencia inversora y objetivos de la inversión

En cuanto a la **información prestada en el desarrollo de la relación contractual** , se hace mención en la Demanda a que durante la pendencia del contrato , la entidad bancaria incumplió su obligación de "cuidar de los intereses del cliente como de los propios", ex ***artículo 79 LMV de 1988*** ,y de la normativa aplicable de protección del inversor minorista como lo era el actor , a tenor del ***artículo 78 bis) LMV,*** siendo que además el mismo es consumidor , a tenor del ***artículo 3 TRLGDCU*** , porque actuaba en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o prefesional. En este sentido , la entidad demandada no informó al actor de que el valor de mercado de las participaciones preferentes estaba muy por debajo del valor nominal por el que había sido adquiridas , lo que privó al actor de la posibilidad de vender los títulos antes de la paralización definitiva del mercado secundario en el que se negociaba su venta . Además en el caso de "CATALUNYA BANC , S.A.", en la actualidad tiene su capital participado por el FROB , y el mercado secundario en el que se negociaba la venta

está paralizado , lo que hace imposible obtener la liquidez de las participaciones preferentes , pues no hay compradores dispuestos ha adquirir los títulos que se ponen a la venta y en el caso de la entidad demandada , debido a la ausencia de beneficios distribuibles de la entidad , anunció en marzo de 2.012 la suspensión del pago del cupón en preferentes y subordinadas perpetuas , por lo que el actor ha dejado de percibir la remuneración pactada.

Partiendo de todo ello **ejercita la actora las siguientes acciones**:

1.- **Con carácter principal**: La de nulidad del contrato de participaciones preferentes de fecha de 8/9/2.000 : por falta del consentimiento , elemento esencial del contrato a tenor del ***artículo 1261*** , y por error en el consentimiento prestado , a tenor del ***artículo 1266 CC*** , por el desconocimiento que generó en el actor la infracción del deber de información por parte de la entidad bancaria , lo que le llevó a desconocer las características y riesgos del producto adquirido , error éste sustancial y no imputable al actor , que debe conllevar como consecuencia de la declaración de nulidad , la restitución recíproca de las cosas objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses "ex ***artículo 1.303 CC***".

2.- **Con carácter subsidiario**: La de resolución del contrato a tenor del ***artículo 1.124 CC*** , por incumplimiento de las obligaciones esenciales de la parte demandada de diligencia , lealtad e información en la venta del producto.

SEGUNDO: Contestación a la demanda. Motivos de oposición.Carácter desestimatorio de la Demanda de la presente Sentencia

La demandada, en la vista, procedió a contestar la Demanda deducida en su contra , interesando su desestimación ,con expresa condena en costas a la parte actora , alegando la excepción de caducidad de la acción principal sobre nulidad del contrato de participaciones preferentes de 8 de septiembre de 2.000 ejercitada de contrario por supuesto vicio de consentimiento, y negando, por otra parte, la existencia misma de vicio alguno invalidante del consentimiento prestado por el actor , rechazando asimismo la acción resolutoria del citado contrato con base en un pretendido incumplimiento del mismo por parte de de dicha entidad, ejercitada con carácter subsidiario por el actor, al no concurrir tal supuesto.

A la vista de las respectivas pretensiones de las partes y del resultado de la prueba practicada procede ya adelantar que procede desestimar en su integridad los pedimentos de la demanda, declarando la caducidad de la acción sobre nulidad del aludido contrato, al haberse

ejercitado transcurrido con exceso el plazo de cuatro años desde la consumación del mismo, que establece el ***artículo 1.301 del Código Civil***, y rechazando, en segundo lugar, la acción sobre resolución del referido contrato al no apreciar incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones esenciales que a la misma alcanzaban en cuanto a la información de dicho producto a dar a su cliente, exigida por la normativa vigente a la celebración del contrato y todo ello por las razones que se pasan a exponer .

TERCERO: Las participaciones preferentes . Deber de información de la entidad demandada .

Con carácter previo procede referirnos al **concepto y características de las participaciones preferentes** , indicando que es un instrumento que puede emitir cualquier empresa para captar recursos con los que financiar los bienes y derechos necesarios para la realización de su objeto social .

Las participaciones preferentes **se regulan** en la ***DA 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo , de coeficientes de inversión , Recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios Financieros , en su modificación operada por Ley 19/2.003*** , para las emisiones anteriores al año 2.011 ; recientemente se ha modificado por la ***Ley 6/2.011***, que transpone al Derecho Español la ***Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-9-2.009***, 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 ellos , la participación preferente.

En cuanto a sus **rasgos** , la titularidad da derecho a percibir una remuneración determinada de carácter no acumulativo , cuyo devengo se condiciona ,entre otros factores , a la existencia de beneficios distribuibles .No suelen otorgar derechos políticos ni de suscripción preferente . Son de carácter perpetuo , esto es , sin fecha de vencimiento pactada , aunque se pueden amortizar anticipadamente . Cotizan en mercados secundarios organizados .

En el caso de liquidación de la entidad emisora se origina el derecho a obtener el desembolso de su valor nominal , junto con la remuneración pactada y no satisfecha , pero en el orden de prelación de los créditos , los titulares se sitúan detrás de todos los acreedores y sólo delante de los accionistas ordinarios .

Los riesgos que presentan son : La perpetuidad origina el riesgo de principal o de mercado- según la evolución del mercado el título puede cotizar por debajo de su valor nominal , lo que equivale a pérdida para el titular- ; la remuneración condicionada comporta el riesgo de que no se abonen los intereses pactados ; en caso de insolvencia del emisor se materializa el riesgo del emisor.

Se diferencian de los bonos en que éstos son un título de

renta fija , con vencimiento determinado y a cuyo vencimiento el titular del mismo recupera el capital invertido , habiendo percibido durante el periodo en que duró la inversión un interés periódico. Suelen ser valores al portador y negociables en Bolsa.

Se diferencian de las acciones en que las preferentes son productos de inversión de renta fija que emite una sociedad , que no confieren participación en su capital , ni derecho a voto (lo que las diferencia de las acciones sometidas a negociación en Bolsa) , pero dan derecho a participar en los beneficios de la entidad que las emite ofreciendo una rentabilidad (fija o variable) condicionada a la obtención de beneficios . Igual que la acciones son de carácter perpetuo (sin fecha preestablecida de vencimiento) y como las acciones se pueden negociar en mercados organizados de renta fija y el inversor puede ordenar la venta en estos mercados , pero ni el emisor tiene una obligación de amortizar las participaciones preferentes , pagando el 100% del nominal al titular en una fecha determinada (en esta puede decidir no amortizarlas y que sigan cotizando) y , por otro lado, si bien el titular puede vender en cualquier momento en un mercado secundario , podrá obtener , según la evolución de los precios de mercado , parte , todo o más de lo invertido, por lo que no queda garantizada la devolución del total capital invertido.

Y en cuanto a lo que constituye propiamente el fondo del asunto debemos ahora referirnos a la **extensión del deber de información que competía a la entidad demandada** , señalando a estos efectos que , **en la fase precontractual** , la obligación de informar tiene carácter finalista: El cliente debe conocer las características del producto y sus riesgos asociados , para adoptar una decisión razonablemente fundamentada.

En la fase de ejecución del contrato: la entidad financiera debe proporcionar informes adecuados sobre el servicio prestado , para que el cliente conozca la evolución del título y pueda adoptar decisiones de desinversión oportunas.

La obligación de diligencia del Banco comprende la obligación de obtener información sobre los clientes: Será de alcance máximo en el servicio de asesoramiento de inversiones y gestión de carteras , debiendo realizarse un test de idoneidad (obligatorio normativamente en función de la fecha de suscripción), que comprendiendo el alcance del test de conveniencia (nivel de conocimientos y experiencia del cliente , estudios y profesión) tendrá en cuenta también su situación financiera (ingresos y gastos regulares y patrimonio) y los objetivos de la inversión (duración , perfil de riesgo y finalidad) .

Entrando con ello en el estudio de la cuestión de fondo debatida respecto a la posible concurrencia de una causa de nulidad por vicios

en el consentimiento debido a la falta de información facilitada por CATALUNYA BANC , S.A. tanto con carácter previo a la suscripción de la adquisición como durante los trámites posteriores por lo que se refiere al deber de información que recaía sobre la entidad bancaria demandada, teniendo en cuenta la fecha de suscripción de la orden de adquisición de valores y posterior cargo bancario, el 8 de septiembre de 2.000 , la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente era la exigida por el ***Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios***.

No es aplicable al caso la ***Ley 47/2007, de 19 de diciembre que transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo***.

Así el ***artículo 79.1 a) de la LMV***, aplicable a la fecha del contrato de adquisición de participaciones preferentes, establecía que "las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado".

A este respecto el referido ***Decreto 629/1993, de 3 de mayo***, establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía, entre otras obligaciones:

" ***Artículo 4. Información sobre la clientela.***

1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.

3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

Artículo 5. Información a los clientes.

1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.
b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.
c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.
d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

En definitiva , en el caso que nos ocupa , la orden de compra se formalizó antes de la entrada en vigor de la ***Ley 47/2007 de 19 de diciembre*** , por la que se modificó la ***Ley del Mercado de Valores*** , que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la ***Directiva 2004/39 CE***, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida como Mifid (Markets in Financial Instruments Directive). En aquella fecha, el ***artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores*** , en su redacción primitiva, establecía como regla fundamental del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. Y el ***Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo*** , concretaba la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando en su anexo un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí importa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (artículo 5.3).

Partiendo de esta normativa , y en cuanto a la **carga de la prueba** , corresponde a la entidad financiera conforme a las normas de distribución del "onus probandi" acreditar que suministró al cliente la información necesaria para que éste se formase un conocimiento cabal de las características del producto ofertado y pudiese prestar un consentimiento válido para la operación, sin que pueda exigirse al cliente la prueba de un hecho negativo cual sería la falta de información.

CUARTO: Caducidad de la acción de nulidad .

Una vez expuestas estas consideraciones previas , procede entrar a examinar el primer motivo de oposición que invoca la entidad

demandada , relativo a la caducidad de la acción de nulidad que la actora ejercita con carácter principal.

La actora ejercita con carácter principal la acción de nulidad del contrato de participaciones preferentes de fecha de 8/9/2.000 : por falta del consentimiento , elemento esencial del contrato a tenor del ***artículo 1261*** , y por error en el consentimiento prestado , a tenor del ***artículo 1266 CC*** . En este sentido , y aunque aluda la actora a falta de consentimiento como motivo de nulidad , en realidad de todas sus alegaciones resulta que se refiere a la concurrencia de un supuesto de vicio en el consentimiento prestado por error en el objeto , porque fundamenta su petición de nulidad en el desconocimiento que generó en el actor la infracción del deber de información por parte de la entidad bancaria , lo que le llevó a desconocer las características y riesgos del producto adquirido , error éste sustancial y no imputable al actor , que debe conllevar como consecuencia de la declaración de nulidad , la restitución recíproca de las cosas objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses "ex ***artículo 1.303 CC***".No cuestiona en ningún momento la parte actora que el actor conociera que adquiría participaciones preferentes , sino que lo que alega es el desconocimiento por su parte (Es más , en la Demanda hace constar expresamente que "tuvo anteriormente 3.000.- euros en participaciones preferentes " y obtuvo su reintegro sin ningún problema), imputable a la parte demandada , de las características y riesgos del producto.

Partiendo de ello , la acción principal ejercitada por el actor en orden a la anulación del referido contrato se debe considerar como acción de nulidad o anulabilidad, ***ex artículos 1.300y 1.301 del Código Civil***, que no de nulidad radical por ausencia de tal elemento esencial de todo contrato (***art. 1.261.1º del Código Civil***), toda vez que el consentimiento prestado por error no es equiparable al supuesto de falta o inexistencia del mismo, dado que se afirma precisamente su existencia, si bien afectada de vicio que lo invalida, cual es el haberse prestado por error recayente 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 (**art. 1.266 del Código Civil)**, lo que integra un supuesto de anulabilidad del contrato que debe ser hecho valer por la parte mediante el ejercicio de la correspondiente acción prevista en el citado ***artículo 1.300 de dicho texto legal***.

Esta acción está afectada en su ejercicio por un plazo de caducidad de cuatro años, que comienza a correr en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato (***art. 1.301 del Código Civil***), momento inicial para el computo de dicho plazo que , en el supuesto de autos , tuvo lugar al

ejecutar la demandada el mandato de compra de las participaciones conferido a la misma por el actor mediante orden escrita de fecha de 8 de septiembre de 2.000 .

Saliendo al paso de las alegaciones de la actora en el acto de la vista , nos hallamos ante un contrato de intermediación para la compra de 6 títulos de participaciones preferentes , que quedó consumado una vez ejecutada la referida orden de compra . Cosa distinta es que los servicios de depósito y administración de dichos títulos, que constituyen también el objeto de la relación contractual que une a las partes hoy litigantes, se extiendan hasta la fecha de vencimiento de aquellos, pero esta prestación obligacional no puede ser confundida con la que constituye el objeto del contrato de mandato de compra de las aludidas participaciones, que se circunscribe a la ejecución de la orden de compra dada por el actor a la demandada, y que se consuma con la realización de la misma, es decir , con la compraventa del producto financiero , a través del pago del precio por la parte actora y con la compra por parte de la entidad demandada . Las posteriores obligaciones de la parte demandada , como depositaria de los valores , lo son sólo de carácter auxiliar y , por otro lado , de las pretensiones del Suplico del Escrito de Demanda resulta claramente que lo que pretende la actora no es la declaración de nulidad de ese contrato de depósito , sino del que viene referido a la compraventa de los títulos .

Por otro lado , la más reciente doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo considera, de manera pacífica y reiterada, que la acción de nulidad por vicios del consentimiento del ***artículo 1301 del Código Civil*** está sujeta a un plazo de ejercicio de caducidad y no de prescripción (***SSTS de 3 de marzo de 2006 , 23 de septiembre de 2010 y 18 de junio de 2012 , entre otras muchas***). En definitiva se trata de un plazo de caducidad de cuatro años desde la consumación del contrato , que no es susceptible de interrupción . Por tanto , si la compraventa se consumó hace más de cuatro años se habrá producido lo que el Tribunal Supremo llama "prescripción sanatoria del contrato" por el transcurso del plazo de caducidad de la acción.La razón de este plazo es la de dar seguridad jurídica a las transacciones , de manera que no quede desvirtuada la eficacia obligacional de los contratos (***artículo 1.091 CC***) por el posible cuestionamiento a perpetuidad del negocio celebrado . Además es lógico que no se conserven los medios de prueba sobre la forma de prestación del consentimiento una vez transcurrido un razonable plazo de cuatro años desde que las partes del contrato lo consumaron , es decir , la compradora pagó el precio y la vendedora libró el título.

En consecuencia, habiendo transcurrido con exceso, a la fecha de interposición de la demanda rectora del presente procedimiento- 5 de diciembre de 2.012 - en la que se ejercitó por el Sr. [redacted] la referida acción sobre nulidad o anulabilidad de dicho contrato, el plazo de caducidad de cuatro años fijado para la misma por el ***artículo***

1.301 del Código Civil, tal acción estaba ya caducada .

Este criterio se mantiene además en las ***SSAP MADRID , SECCIÓN 20ª , de 5-11-2.012 ; ZARAGOZA , SECCIÓN 4º , de 30-3-2.012 ; BADAJOZ , Sentencia número 266/2.011*** .

No siendo posible examinar el eventual error que la actora hubiera podido sufrir sobre el riesgo inherente a la adquisición de las participaciones preferentes al haber caducado la acción de nulidad por vicio del consentimiento, lo que nos resta por examinar es si, en el presente caso, la demandada incumplió las obligaciones contractuales que le incumbían frente a la actora en términos tales que proceda la resolución del contrato pretendida de forma subsidiaria en la demanda.

QUINTO: Improcedencia de la resolución contractual pretendida por la parte demandante .

La actora ejercita , como ya se ha indicado , con carácter subsidiario , la acción de resolución del contrato a tenor del ***artículo 1.124 CC*** , por incumplimiento de las obligaciones esenciales de la parte demandada de diligencia , lealtad e información en la venta del producto.

La acción ejercitada está prevista en el ***artículo 1.124 CC*** , que establece que"*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas , para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe*" .

En estos casos , asiste al perjudicado la facultad de escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación , con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, siendo que en este caso la actora ha optado por exigir la resolución del contrato .

En materia resolutoria la jurisprudencia , muy nutrida respecto de este artículo , viene señalando como presupuestos de su aplicación los siguientes:

1.- La acusada reciprocidad de las obligaciones en juego .

2.- La exigibilidad de las mismas.

3.-Que el reclamante haya cumplido lo que a él le incumbía [la resolución sólo la puede reclamar el que ha cumplido por su parte]

4.- Una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor. En definitiva , ha de haber verdadero incumplimiento , que se refiera a la esencia de lo pactado , sin que baste con alegar incumplimiento de obligaciones accesorias que no impidan , por su escasa entidad , que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. No lo constituye el simple retraso.

5.- Carga de la prueba del incumplimiento del que denuncia.

6.-Son compatibles , de forma subsidiaria , las peticiones de resolución o cumplimiento , a parte de la opción que concede el precepto.

Partiendo de todo ello y a la vista de resultado de la prueba practicada , igual suerte desestimatoria merece la acción sobre resolución del contrato por incumplimiento por parte de la demandada de la obligación de informar a su cliente, de forma cabal y completa, sobre las características de tal inversión, y, en particular, del plazo de vencimiento de dicho título para el reintegro del importe total del valor de la inversión, así como de su liquidez en todo momento y del riesgo de pérdida de la misma.

El conjunto de la prueba practicada, y, en particular la documental obrante en autos, aportada por la parte demandada en el acto de la vista , acredita :

1.- En cuanto al perfil del demandante -Documentos 1 y 2 de la Contestación-: que el mismo ha invertido en diversos productos , tales como fondos de inversión , fondos garantizados , planes de pensiones a riesgo variable , bonos de la Generalitat de Catalunya y de sus ahorros sólo ha invertido en participaciones preferentes 6.000.- euros y no sólo adquirió las participaciones preferentes que son objeto del presente procedimiento , sino que el 19 de enero de 2.000 , adquirió 3.000.- euros más , que vendió el 2 de febrero de 2.001, recuperando la inversión , pues obtuvo 3.014,05.- euros . En este sentido , la transacción posterior del titulo por su tenedor, aunque se refiriera a unas participaciones preferentes adquiridas con anterioridad , por la información que incorporó llevan a pensar que el actor no podía albergar dudas sobre su naturaleza . Y , por otro lado , aunque la venta se refiera a participaciones anteriores , el hecho de que se trate de otras adquiridas sólo dos meses antes de las que son objeto del presente procedimiento , llevaban a considerar que si alguien da orden de vender un título es insostenible que mantenga la nulidad de la compraventa originaria por la que ha adquirido el título que ahora vende . Ello va contra los propios actos ex ***artículo 111-8 CCC***.

A ello cabe añadir el resultado de las testificales practicadas en el acto de la vista y que después se expondrá.

2.- En cuanto a la información prestada por la parte demandada :

a.- **En el momento de suscribir el producto** , se le entregó el documento que la demandada aporta como documento 4 , que incluye

todos los términos y condiciones principales de la emisión , en el que constan claramente las características del producto , el plazo de la emisión y el procedimiento de liquidación .Se puso además a disposición del actor el folleto informativo completo de la emisión que se aporta por la demandada como Documento 5 .

b.- **En cuanto a la fase posterior a la suscripción**:El Documento 3 de la Contestación a la Demanda acredita que el actor recibió la información fiscal de los ejercicios 2.005 a 2.011 en la que claramente constaba "PARTICIPACIONES PREFERENTES " ,en la que constaban los rendimientos procedentes del abono de intereses. Recibía además periódicamente la liquidación de los rendimientos de los valores , en la que claramente constaba el tipo de rendimiento , la clase de valor y la moneda de valor , por lo que en todo momento pudo conocer la evolución de los mismos.

3.- **La prueba anticipada solicitada por la parte actora** , consistente en el requerimiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, nada acredita en relación al caso concreto , pues se trata de información general sobre expedientes sancionadores y quejas tramitados por la misma. En todo caso , que ello acreditara la comercialización irregular del producto por la demandada en algún caso no acredita que en este caso quepa afirmar lo mismo . En cuanto al requerimiento al MERCADO AIAF , si bien la información recibida acredita la evolución a la baja del valor de cotización del producto , la información periódica que recibía el actor le permitía conocer la misma .

4.- **La testifical practicada en el acto de la vista corrobora lo hasta aquí expuesto**:

En este sentido , el Sr [redacted] , Subdirector a la oficina de Avenida de Roma de Barcelona en el momento de suscribir el actor el producto , declaró que en el año 2.000 era productos "seguros" , con mayor interés que otros productos , con un precio de mercado bastante estable y que cuando se emitía la orden de venta se vendían el mismo día o a los dos o tres días . Declaró que explicó al actor las características del producto , el mecanismo para recuperar la inversión, que en caso de insolvencia de la entidad emisora "había pérdidas", que el actor , antes del año 2.000 , había invertido en planes de pensiones que incluían el riesgo de pérdida de capital y no sólo en cuanto a la remuneración , que facilitó al actor el Documento 4 de la Contestación y que el Documento 5 estaba a disposición del cliente .

Por su parte la Sra [redacted] , Directora de la misma oficina desde noviembre de 2.010 hasta marzo de 2.012 declaró que el actor era un inversor de perfil conservador pero con diversificación de productos y alguno con riesgo de pérdida de parte del capital ; que se ponía a

disposición del cliente el folleto informativo completo y que las instrucciones de comercialización que tenían de la entidad era tener a disposición del cliente el referido folleto y entregar el folleto informativo de la emisión , aportado como Documento 4 de la Contestación a la Demanda. En definitiva , la testifical acredita que la operación se documentó en la forma habitual .Que se trataba , en el año 2.000 , de un buen producto , con poca "volatilidad " o precios de mercado muy estables y disponibilidad en un día , y se informaba al cliente que "se vendía sin problemas" , no que el 100% del capital estuviera garantizado.

En cuanto a la valoración de esta testifical no se ha puesto de relieve circunstancia alguna para dudar de la veracidad de la declaración de los testigos y aun en el caso de que el primero de ellos puede entenderse que tiene cierto interés en su declaración , por cuanto era empleado de la oficina en el año 2.000 , la segunda de los testigos no intervino en el proceso de comercialización de los productos , y no ha quedado acreditado que ninguno de los testigos percibieran comisiones o incentivos por la comercialización de las preferentes , por lo que cabe valorar su declaración como imparcial y concluyente , cumpliendo con ello la demandada con la carga de la prueba que le incumbía .

5.- **A mayor abundamiento , la desestimación de la pretensión resolutoria del contrato se impone en base a las siguientes consideraciones** :

a.- De acuerdo con la normativa aplicable al supuesto de autos la entidad demandada no tenía la obligación de realizar ningún tipo de test previo al cliente.

b.- La adquisición del producto , teniendo en cuenta que se produce tras una previa compra de otras preferentes que el actor procedió a vender posteriormente , cabe deducir que lo fue a petición del propio actor , que emitió la correspondiente orden de compra , que la parte demandada cumplió.

c.- El denominado "riesgo de crédito o contrapartida", esto es, la probabilidad de que el emisor de un valor no pueda hacer frente a sus pagos, es común a toda clase de productos financieros, sean emitidos por entidades financieras, por organismos públicos o incluso por Estados.

d.- Abstracción hecha de si la documentación entregada podría haber inducido a error a la actora sobre la naturaleza del producto que adquiría, lo que no se puede examinar dada la caducidad de la acción por vicio del consentimiento, es lo cierto que las participaciones preferentes del emisor que aquí nos ocupan eran en aquel entonces

un producto financiero de renta fija objetivamente interesante para el inversor que buscaba obtener una rentabilidad por encima de lo habitual en los depósitos a plazo . No se ha discutido que la sociedad emisora lo era una entidad bancaria con un rating de solvencia elevado , y que, aunque era un producto perpetuo, existía la posibilidad de obtener liquidez vendiendo las participaciones en el mercado secundario , lo que permitiría al actor , en circunstancias de normalidad , recuperar la inversión si los precios se han mantenido estables.

No se ha practicado prueba alguna respecto a que fuese previsible la evolución negativa experimentada posteriormente , que culminó con la participación por el FROB del Banco y el cese en el pago de cupones. No se puede apreciar, por tanto, conducta negligente en la parte demandada por no conocer ni informar a su cliente sobre un posible riesgo de insolvencia que le era desconocido. No se ha acreditado, pues ninguna prueba se ha practicado sobre el particular, que CATALUNYA BANC , S.A. , tuviera conocimiento o debiera haber previsto la crisis de la banca que se produjo muchos años después a la adquisición del producto por el actor, ni que dispusiera de otros datos distintos de los que proporcionaban en aquel entonces las Agencias de Calificación de Riesgo, las cuales no advertían en el momento de la contratación de una situación que indujera a sospechar riesgos en el sistema bancario .

En definitiva, el hecho totalmente imprevisto en el año 2.000 para los operadores de los mercados financieros, de que la entidad demandada muchos años después fuera participada y cesara el pago de los cupones , con los consiguientes perjuicios para los inversores que, como el hoy actor, suscribieron participaciones, no supone, en modo alguno, incumplimiento por parte de la demandada de su deber de informar debidamente a su cliente sobre las características del producto y su adecuación al perfil conservador de aquel.

Todo ello debe conducir a la íntegra desestimación de la Demanda .

SEXTO: Costas procesales.

Según el ***art. 394.1 de a en costas a la parte actora.***

FALLO

Que desestimo íntegramente la demanda presentada por [redacted] , que ha comparecido en las presentes actuaciones representado por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Moratal Sendra y asistido por la Letrada Doña Montse Serrano Bartolomé y dirigidos contra la entidad mercantil "CATALUNYA BANC , S.A.", que ha comparecido en las

presentes actuaciones representada por el Procurador Don Antonio María de Anzizu Furest y asistida por el Letrado Don Ignacio Fernández de Senespleda , en nombre y representación propios, para la reclamación de la cantidad de 6.000 € y , en consecuencia , absuelvo a la parte demandada de todas las pretensiones frente a la misma deducidas , todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante .

———

Notifíquese esta Sentencia a las partes , haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer Recurso de Apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar del siguiente al de la notificación de la misma , en base a lo establecido en el artículo 458 de la LEC, en redacción dada por Ley 37/2.011 , de 10 de octubre , de medidas de agilización procesal .A tales efectos se deberá constituir el depósito regulado en la LO 1/2009 , de 3 de noviembre .

Así lo acuerdo, mando y firmo

PUBLICACIÓN: Esta sentencia fue leída y publicada por

Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201310023824314	
Asunto	Judici verbal	
Remitente	**Órgano Judicial**	JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA N. 53 de Barcelona, Barcelona [0801942053]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
Destinatarios	ANZIZU FUREST, ANTONIO MARIA DE [1]	
	Colegio de Procuradores	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Fecha-hora envío	25/04/2013 13:51	
Adjuntos	03997_20130425_0935_0008735734_01.rtf(Principal)	
Datos del mensaje	**Tipo procedimiento**	JVB
	Nº procedimiento	0001477/2012
	Corrección a escrito	**No**

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
25/04/2013 14:00	ANZIZU FUREST, ANTONIO MARIA DE [1]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
25/04/2013 13:51	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO REPARTE A	ANZIZU FUREST, ANTONIO MARIA DE [1]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

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