SUSANA MORENO GARCÍA
Procuradora de los Tribunales de Terrasa-Rubí
Tel.: 93 746 08 77 Fax: 93 746 10 38

Abogado: XAVIER TATCHÉ TORRES
Cliente: [redacted]
Notificado: 10 de mayo de 2013

SENTENCIA Nº 67/20[redacted]

En Terrassa (Barcelona), a 7 de mayo de 2013.

D. David Checa Ruescas, Magistrado - Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de esta ciudad y su partido, ha visto y examinado los presentes autos de juicio ordinario, seguidos en este Juzgado bajo el número 1308/2012 a instancias de representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Moreno García, con la asistencia letrada de Don Xavier Tatché Torres y como demandada, la entidad mercantil UNNIM BANC, S.A.U. representada por el Procurador de los Tribunales Don Jaume Izquierdo Colomer, con la asistencia letrada de Don Francisco José Peláez Sanz, sobre NULIDAD DEL CONTRATO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la parte demandante se formuló demanda de juicio declarativo ordinario contra la mercantil arriba referenciada, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminaba suplicando que tras los trámites legales, se dictase sentencia por la que estimando integramente la demanda, se dictasen los siguientes pronunciamientos:

1. Se declarase la nulidad de las ordenes de compra dadas el 17 de enero de 2005 por parte de los actores a CAIXA DE TERRASSA para la contratación de 63 bonos preferentes del Royal Bank of Scotland y del pago efectuado de sesenta y cinco mil setecientos noventa y cuatro euros con veinte céntimos ( 65.794,20 euros)

2. Se declarase la nulidad de los dos cargos de administración o custodia de valores por importe total de doscientos noventa y ocho euros con cero ocho céntimos (298,08 euros).

3. Se declarase la restitución de las obligaciones de las partes, viniendo la obligada demandada a devolver a los actores la cantidad de sesenta y seis mil noventa y dos euros con veintiocho céntimos ( 66.092,28 euros) más el interés legal de la cantidad de sesenta y cinco mil setecientos noventa y cuatro euros con veinte céntimos (65.794,20 euros) desde el día 17 de enero de 2005 hasta su completo pago siendo de dicho importe detraído en su caso, por la cantidad que UNNIM BANC, S.A.U. acredite de forma fehaciente haber abonado a los actores en concepto de intereses por la tenencia de los bonos.

Como petición subsidiaria: Se declarase la negligencia de la demandada en su relación contractual condenándola a indemnizar a los actores en la cantidad de sesenta y seis mil noventa y dos euros con veintiocho céntimos ( 66.092,28 euros) más el interés legal de la cantidad de sesenta y cinco mil setecientos noventa y cuatro euros con veinte céntimos ( 65.794,20 euros) desde el día 17 de enero de 2005 hasta su completo pago siendo de dicho importe detraído en su caso, por la cantidad que UNNIM BANC, S.A.U. acredite de forma fehaciente haber abonado a los actores en concepto de intereses por la tenencia de los bonos.

Todo ello con expresa condena en costas procesales a la entidad demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida la referida demanda, se dio traslado de la misma a la demandada quien presento escrito de contestación en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminaban suplicando que tras los

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

trámites legales, se dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos formulados frente a ella, con expresa condena en costas a la actora.

**TERCERO.-** Transcurrido el plazo para presentar contestación a la demanda se cito a las partes a la audiencia previa que tuvo lugar el 29 de Abril de 2013, compareciendo ambas partes con la debida defensa y representación. La prueba propuesta y admitida consistió en la documental obrante en autos, más documental y en la testifical de y que consta en el acta digitalizada llevada al efecto con el resultado que allí aparece.

**CUARTO.-** El día señalado para el juicio oral comparecieron ambas partes y se practicó la prueba admitida con el resultado que obra en el acta correspondiente. Formulando ambos letrados las conclusiones que tuvieron por conveniente dado el resultado practicado en el plenario. Quedando los autos sobre la mesa de su Señoría vistos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales y demás pertinentes de aplicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la parte actora, se ejercita con carácter principal la acción de nulidad contractual por vicio en el consentimiento prestado, en concreto en las ordenes de compra dadas el 17 de enero de 2005 por parte de los actores a la entidad mercantil CAIXA DE TERRASSA para la contratación de 63 bonos preferentes del Royal Bank of Scotland y el correspondiente pago de sesenta y cinco mil setecientos noventa y cuatro euros con veinte céntimos( 65.794,20 euros), así como la nulidad de los dos cargos de administración y custodia de valores por un importe de 298,08 euros con fundamento en los siguientes hechos:

de 80 y 67 años respectivamente en la actualidad, han sido clientes durante un largo periodo de tiempo de la entidad bancaria demandada cuando, era exclusivamente CAIXA DE TERRASSA, teniendo distintos depósitos o cuentas en la entidad referida bajo la creencia, independientemente de la denominación o nomenclatura empleada, que se trataba de dinero ingresado en un plazo concreto de tiempo a cambio de una remuneración en forma de intereses. Por parte de la entidad demandada y a través de la que empleada de la entidad mercantil CAIXA DE TERRASSA , en el departamento de Banca Personal, por el año 2004 se le ofreció a los actores un producto supuestamente adecuado a ellos, que les permitía tener sus ahorros de forma garantizada obteniendo una buena rentabilidad.

Se les dijo que era un ahorro garantizado por una solvente banca escocesa, siendo los intereses liquidados de forma anual con mayor rentabilidad que los anteriores contratados y con la posibilidad de recuperar el dinero cada año si no les interesaba mantener el producto. Así, se le ofreció comprar 63 participaciones preferentes, 42 títulos por un lado y de 21 títulos por otro del ROYAL BANK of SCOTLAND por un importe de sesenta y tres mil euros, 63.000 euros (participaciones a 1000 euros cada una de ellas). Se les informo sobre este nuevo contrato, a través de su departamento de banca personal, suministrándoles información relativa a la mayor rentabilidad que ofrecía este producto frente a los anteriores sin informarles de su carácter perpetuo. Sobre la base de la información recibida y en la creencia de que era un plazo fijo lo que estaba contratando, y que en cualquier momento podría recuperar su dinero mediante su venta, el 17 de enero de 2005 formalizaron el

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

contrato de adquisición de las participaciones preferentes ofrecidas por la entidad bancaria (doc. nº 1). A pesar de la constancia en el documento del nombre de ambas partes, en ningún momento se les entrego folleto informativo alguno, ni consta en el contrato tipo la cuantía invertida , limitándose a firmar el contrato tipo como documento de contratación.

Los actores suscribieron en definitiva, el 17 de enero de 2005 con la mencionada entidad, un contrato tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión (documento número 1 presentado por UNNIM BANC, S.A.U. e incorporado a las actuaciones en fecha de 28 de febrero de 2012) en el que invirtieron un importe importante de sus ahorros, en particular sesenta y cinco mil setecientos noventa y cuatro euros con veinte céntimos( 65.794,20 euros) mediante la adquisición de 63 bonos, (Documentos 4 y 5 de la demanda), teniendo el valor de 1000 euros cada abono, resultando por tanto la cuantía a que ascendió la inversión de sesenta y tres mil euros (63000 euros) siendo el resto, la supuesta comisión y gastos de intermediación cobrados por CAIXA de TERRASSA (documento 4 y 5 de la demanda).

Los clientes y hoy actores formalizaron el citado 17 de enero de 2005 el referido contrato bajo el titulo contrato tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión y lo hicieron con el convencimiento de que cada año podían retirar el dinero si no les interesaba mantener el producto, siendo este dato junto el del interés prometido elementos fundamentales para suscribir el contrato. En los documentos 4 y 5, los cuales consisten en extractos de 31 de diciembre de 2011 se aprecia la existencia de los 42 títulos por un lado y de 21 títulos por otro, denominados bonos.

En el año 2010 reciben los actores una carta en el que se les comunica que la compañía ROYAL BANK of SCOTLAND, les informa que no les pagarán los intereses correspondientes a los referidos cupones durante un periodo de dos años, periodo que comenzaba en abril de 2010 (documento número 8 de la demanda). Los documentos 4 y 5 ya mencionados, siendo extractos de 31 de diciembre de 2011, en los que se puede observar la depreciación del valor sufrido por los bonos cuya orden de pago otorgaron los actores, en concreto el valor de los 42 títulos había bajado a diecisiete mil trescientos dieciséis euros con sesenta céntimos (17.316,60 euros) y los 21 restantes a ocho mil seiscientos cincuenta y ocho euros ( 8.658 euros) siendo su valor el 39,50 por ciento de su valor inicial, habiendo perdido un 60,50 por ciento. Fue en ese momento cuando se le informó de las peculiaridades que revestía el producto que años atrás adquirieron en tanto que esas participaciones adquiridas lo eran a perpetuidad y con condiciones específicas para la recuperación de su inversión, mediante la venta a un tercero de la inversión sometida a las condiciones existentes en el mercado secundario, donde cotizaban aquellas participaciones adquiridas. Todas estas circunstancias acrecentaron la desconfianza en el producto contratado por parte de los actores.

Ante la frustración por la nula información que el banco les facilitó a los actores sobre el producto adquirido, sus riesgos aparejados y la dificultad de desprenderse de aquel dado su carácter de adquisición a perpetuidad, enviaron a la entidad demandada un burofax ( documento número 9) requiriéndole para que en el plazo máximo de siete días les facilitara copia del documento u orden de compra de la adquisición de las participaciones preferentes en los que figurara su firma así como un resumen de las liquidaciones que les han efectuado anualmente. En el documento número 10 consta como justificante de entrega del burofax, el cual hasta las presentes no ha tenido respuesta.

Al amparo de los hechos expuestos solicitan los actores la tutela judicial de sus derechos e intereses ante la conducta observada por la entidad demandada en la tramitación y gestión del producto financiero adquirido, solicitando en el suplico de su demanda lo expuesto en el principio del presente fundamento jurídico, que basicamente se circunscribe con carácter principal, a la declaración de nulidad de los contrato suscrito a fecha de 17 de enero de 2005 por la existencia de un error por vicio en el consentimiento como consecuencia de la conducta observada por la demandada contraria a sus obligaciones legales, al no proporcionarle la información clara y precisa respecto al producto contratado y sin haber recabado la información necesaria para conocer el perfil, experiencia inversora objetivos y finalidad pretendida por el actor y su esposa, condenando a la parte

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

demandada a la restitución del principal invertido que alcanza los 65.794,20 euros más los intereses legales desde el 17de enero de 2005, fecha de la formalización del contrato hasta la sentencia. Así como la nulidad de los dos cargos de administración y custodia de valores por un importe de 298,08 euros.

De la cantidad resultante se deduzca la cantidad percibida por los actores en concepto de intereses por la tenencia de los bonos.

Subsidiariamente se insta la declaración de resolución contractual, condenando a la entidad bancaria a abonar al actor en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 65.794,20 euros más sus intereses legales desde el 17 de enero de 2005, deduciendo la cantidad percibida en concepto de intereses por la tenencia de los bonos.

Frente a la pretensión de la parte actora, se alza la parte demandada aludiendo en primer lugar que los demandantes no pueden ser calificados como minoristas ahorradores dado entre otros factores a: su pertenencia al departamento de banca privada, lo que implicaba un perfil contractual que dista mucho del mero ahorrador que quiere poner su capital en un deposito a plazo fijo, disponiendo en dicho departamento de un asesor personal que les informaba de manera personal e individualizada de productos con una rentabilidad superior pero con un mayor riesgo. Añadiendo que los actores ya jubilados eran galeristas de arte, con formación suficientemente amplia para comprender el producto que contrataban. Así mismo, otro dato que viene en reforzar su no condición de minorista ahorrador es el gran patrimonio del que gozaban los actores y prueba de ello es, que en el momento de autorizar la orden de compra de las participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland, disponían de unos ahorros de 62.557,68 euros en la entidad UNNIM, S.A.U., y exclusivamente de otros 20.000 euros. Los actores acostumbraban a operar con productos financieros similares teniendo participaciones de BBV INTERNACIONAL PREFERENTE 5.76 por ciento S-C EUROCLEAR, por importe de 44.000 euros y 22.000 exclusivamente Bonos DEXIA BIL E-06-07-01 A por importe de 29.800 euros; Bonos de GMAC INTL FIN E. 10-12-2003 de 17.000 euros y 58000 euros exclusivamente Doña

Aduce que los actores eran perfectos conocedores del producto que estaban adquiriendo, de su alta rentabilidad, de su alto riesgo, que no lo han perdido todo ya que en la actualidad de venderlos recuperarían el 74,25 por ciento del valor invertido no perdiendo todo lo invertido como así sostiene la demandante. Concluye la demandada señalando que la verdadera cuestión que ha llevado a los demandantes a iniciar el presente litigio resulta del hecho de que el valor liquidativo a precio de mercado es inferior por la evolución desfavorable de los mercados financieros. Además, reconoce la posibilidad de su venta en el mercado secundario ahora mismo, en todo caso sometido al rigor de los mercados, equiparando de este modo la posición de la parte actora con la de cualquier accionista que haya comprado acciones en una compañía que cotice en bolsa.

La parte demandada afirma la caducidad de la acción ejercitada al haber transcurrido cuatro años desde que se emitió la orden de compra de las participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland como así dispone el artículo1301 del Código Civil. También asevera la demandada el carácter defectuoso en el planteamiento de la demandante al pretender la nulidad del contrato y la consiguiente restitución de las obligaciones dado que la demandada se limito a proceder a la compra de los bonos no siendo UNNIM BANC, S.A.U. quién abono los intereses, al no disponer de poder alguno sobre los bonos lo que implicaría un enriquecimiento injusto por la demandante de estimarse la totalidad de la demanda.

En base a lo anterior solicita una desestimación integra de la demanda.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo se debe resolver la posible caducidad aducida por la demandada de la acción de resolución del contrato por vicio en la prestación del consentimiento prestado por los actores al haber transcurrido cuatro años desde que se autorizo la orden de compra de las participaciones preferentes al Bank Royal of Scotland a la demandada.

EL artículo 1301 del Código Civil preceptúa: "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

en que éstas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato".

Según la doctrina y la jurisprudencia consolidada de nuestros Tribunales lo primero que asume nuestro Tribunal supremo es que nos encontramos ante un plazo de prescripción y no de caducidad, no apreciándose de oficio y siendo susceptible de interrupción (SSTS 27-2-1997 y 1-2-2002). En este caso, se alega por la demandada, con base en lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil, la acción de nulidad la cual sólo durará cuatro años, y siendo así, en efecto, que, pese a la rúbrica del Capítulo en el que se enmarca dicha disposición legal, que reza "De la nulidad de los contratos", ha de entenderse que los supuestos de nulidad absoluta se encuentran enmarcados en el artículo 1305 y 1306 del Código Civil, siendo los restantes, supuestos de nulidad relativa o anulabilidad, entendiendo por tales aquéllos en los que, estando presentes los elementos esenciales del contrato , que enumera el artículo 1261 de dicho Código " 1. Consentimiento de los contratantes 2. Objeto cierto que sea materia del contrato y 3. Causa de la obligación que se establezca", en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido uno de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo), y ése es precisamente el supuesto que aquí se plantea, pues la declaración de nulidad contractual que postula la parte demandante se funda en haber concurrido un vicio en la prestación de su consentimiento (así lo consigna incluso expresamente en el suplico de su demanda), aludiendo en concreto al error en la prestación del consentimiento a la hora de acordar la orden de compra de las participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland.

El Código Civil fija un determinado criterio sobre el inicio en el cómputo de esos cuatro años en función de la causa de nulidad de que se trate, que en los supuestos de error, como es el caso, lo será desde la consumación del contrato. En este sentido, y sobre lo que deba entenderse por consumación, la jurisprudencia hace coincidir con la realización de todas las obligaciones, y como señala la STS 11-6-2003 "ese momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", y así, con relación a los supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo trae a colación la STS 24-6-1897 que afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo" , y la STS 20-2-1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato , o sea, hasta que transcurra el plazo durante el cuál se concertó".

Por consiguiente, en el supuesto que aquí se plantea, y no obstante haberse perfeccionado la orden de compra de las participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland en fecha 17 de enero de 2005, tratándose de un contrato de tracto sucesivo que da lugar a liquidaciones con periodicidad anual durante el plazo de duración establecido, que en el presente es de carácter perpetuo, no fijando un número de años, hasta tanto no se haya producido la última de esas liquidaciones, y de acuerdo con el expresado criterio jurisprudencial, no cabría considerarse consumado dicho contrato, por lo que el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de nulidad ni siquiera habría comenzado a correr. Procede desestimar, por tanto, la excepción de prescripción alegada.

**TERCERO.-** Con carácter previo corresponde analizar la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes y normativa aplicable.

Una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones. Esta situación está reconocida en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012).

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

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).

Desgranando la anterior definición se desprende que las participaciones preferentes son valores emitidos por alguna sociedad, a través de las cuales no confieren participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto.

Por otra parte, estas participaciones tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada. De esta manera, se determinan como instrumentos de riesgo elevado.

Estamos frente a un producto híbrido entre la renta fija y variable, porque no es deuda exigible por carecer de vencimiento, pero tampoco se pueden considerar acciones dado que no otorgan derechos políticos.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma en el portal del inversor de su página web que"se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido".El profesor de Derecho Mercantil Alonso Espinosa sostiene que la consideración de la participación preferente desde los intereses típicos inherentes a todo acto de inversión -que reporte razonables niveles de seguridad, rentabilidad y liquidez-, revela que puede que se trate del peor de los valores negociables regulados en el panorama español. Especialmente si se considera que:

Su régimen o sistema de rentabilidad no es el de una deuda en sentido propio porque su devengo está legalmente supeditado a los resultados del emisor, e incluso su pago puede depender de la decisión del órgano de administración de éste. Su liquidez queda eliminada ipso facto ante situaciones que determinen la desactivación de su sistema de rentabilidad. Su seguridad (como posibilidad real de recuperación de la inversión) depende su nivel de liquidez bajo condiciones de normalidad y regularidad en el pago de su sistema de rentabilidad o en su caso de la existencia de remanente patrimonial suficiente para atender su pago una vez pagada la totalidad de los créditos de los acreedores del emisor.

Las razones objetivas de la comercialización masiva de las participaciones preferentes en los últimos años ha sido la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras. La inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas. Se han dirigido a transformar en patrimonio neto el pasivo de clientes de las entidades de crédito que tenían sus ahorros en depósitos bancarios, como una política de reforzamiento de sus recursos propios.

La problemática que se plantea en la actualidad no es tanto su carácter complejo sino la forma en que ha sido comercializado por las entidades de crédito. La mayoría han colocado una importante parte de sus participaciones preferentes entre sus clientes minoristas, que tenían sus ahorros asegurados en depósitos a plazo fijo de la propia entidad y los han visto transformados en instrumentos híbridos de alto riesgo, desconociendo muchos de ellos la inversión que se les ofrecía. En muchos supuestos el cliente no ha recibido la información necesaria que le permitiese comprender el tipo y características esenciales de la inversión que realizaba, ni se le garantizaba la seguridad del producto ni su disponibilidad.

La problemática que se ha planteado en torno a esta figura no deriva de la naturaleza del producto, sino en la forma en que se ha comercializado. En cuanto a la normativa aplicable a la figura analizada, a nivel comunitario la regulación se realiza en la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009. La Directiva 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.

La participación preferente se regula en la Disposición Adicional de la Ley 13/1985, de 25 de mayo ( RCL 1985, 1216 ), de Coeficientes de inversión, Recursos Propios y

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, que fue introducida por la Ley 19/2003 de 4 de julio (RCL 2003, 1708). La normativa vigente tras la Ley 6/2011 (RCL 2011, 692)por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo (RCL 1985, 1216), de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio ( RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781), del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio ( RCL 1986, 2109 ), sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, fija los rasgos básicos de las participaciones preferentes.

**CUARTO.-** Para poder determinar la supuesta causa de nulidad alegada con carácter principal por la parte actora, debemos basarnos en los elementos existentes en las presentes actuaciones a efectos de poder dilucidar la existencia o no de una omisión de la información precisada por el actor antes de su contratación, elemento esencial y sobre el que radica el presente litigio. Es preciso analizar, según la normativa y la jurisprudencia ya expuesta y la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 240/2013 de 17 de abril de 2013, si la demandada facilito a los clientes-actores una información completa y mínima acerca del producto que iban a contratar y los riesgos que implicaba el producto financiero adquirido por aquellos. Debemos por tanto, valorar si la información real suministrada por la demandada a los actores en referencia al producto financiero complejo finalmente contratado (participaciones preferentes), pudo determinar la existencia de una omisión de la información precisada por los actores antes de su contratación.

De la prueba practicada en el acto de la vista, consistente en las declaraciones testificales de (gestor de Banca Privada de UNNIM BANC en la actualidad) y (antigua empleada de CAIXA DE TERRASSA, Departamento de Banca Privada en el momento de suscribir el contrato) no ha quedado acreditado, de la declaración de ambos testigos ningún hecho relevante que exponga, en virtud de la carga de la prueba que corresponde a la demandada, que la entidad mercantil facilitó a los hoy actores información completa del producto financiero que finalmente contrataron quien abandono la entidad mercantil hace seis años, no recuerda a los actores, la información que se les suministró ni ningún tipo de detalle en referencia a los mismos, solo recuerda el funcionamiento del producto y del departamento de Banca Personal- Privada. Doña afirma que en el departamento de Banca Privada se accedía siempre y cuando se dispusiera de un patrimonio mínimo de 300.000 euros, independientemente de la formación financiera de que se dispusieran los clientes a los que el producto iba dirigido. Don admite en su deposición como testigo en el acto del plenario que no sabe la formación financiera que se daba a los clientes ni de la que disponían en concreto los actores, ni tampoco la de los empleados que en el departamento de Banca Personal, aunque cree que gozaban de ella.

Se hace necesario en base al resultado de tales testificales la necesidad de acudir a los elementos documentales obrantes en las actuaciones a efectos de poder conocer si se suministró una información real, mínima y completa del producto a los hoy actores.

Queda acreditado sin ningún tipo de duda que existió efectivamente en la suscripción del contrato de adquisición de las participaciones preferentes de un error invalidante del consentimiento por parte de los actores. Consta acreditado que y de 80 y 67 años en la actualidad, tenían en el momento de suscribir tal producto financiero un patrimonio de cierta consideración, el cual distribuían en distintos productos, fondos de inversión, valores, deuda pública...etc. Siendo este patrimonio sus ingresos de toda una vida dedicada al trabajo. De hecho no consta que con anterioridad a la suscripción de las participaciones preferentes, invirtieran en productos de naturaleza similar, no quedando acreditado si fueron los actores quienes solicitaron su ingreso voluntario en el departamento de Banca Privada o su inclusión se llevo a cabo de manera automática al ostentar su patrimonio un valor superior a los 300.000, por lo que salvo prueba en contrario que no se ha aportado por la obligada a ello (la entidad demandada), se debe calificar a los actores como de "minoristas ahorradores" . La

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

información que les dieron es a todos los efectos es a juicio del que suscribe insuficiente, debido a que no se les entregó ni el original del contrato-tipo suscrito, ni un folleto informativo o documentación alguna, tampoco la validación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ni tampoco se les manifestó que el banco emisor era el único que podía decidir dentro de un plazo de cinco años la venta de las participaciones y que esta se llevaría a cabo dentro de las condiciones y complejidades existentes en el mercado secundario.

Nada se les dijo sobre la naturaleza perpetua que tenía el producto. El documento nº 2 , es el contrato original en el que las partes suscribieron la adquisición de las denominadas participaciones preferentes de la entidad bancaria Royal Bank of Scotland. Analizando el mencionado documento puede apreciarse a simple vista que se trata de un documento con el título de "contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión", un contrato claramente de adhesión redactado unilateralmente por la demandada quedando reducida la libertad de contratación a la mera decisión de contratar o no, sin poder introducir ningún tipo de modificación ni sustancial ni de otro tipo en alguna o algunas de las cláusulas en el contenidas. No existe referencia alguna al número de bonos que finalmente se adquirieron ni su precio individualizado, solo figura el capital invertido. En cuanto al plazo temporal de la inversión figura la firma de los clientes en la casilla relativa a "determinar por la entidad", es decir, es a todas luces un producto cuya duración queda en manos de la entidad bancaria, quedando esta en una situación de dominio absoluto del capital invertido, siendo el producto adquirido de carácter indefinido o perpetuo e irrecuperable per se. Si se sigue analizando de manera pormenorizada el documento se aprecia que a los clientes se les hace firmar en la casilla donde figura la palabra moderado, siendo realmente un producto arriesgado o muy arriesgado.

En relación a la carga de la prueba sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, como es el caso que nos ocupa, debe tenerse presente la STS de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que "la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes" y en segundo lugar la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo que resulta lógico desde la perspectiva de los clientes en tanto que para ellos se trataría de probar un hecho negativo como es probar la ausencia de dicha información.

Cuanto menos llama la atención de este juzgador que los actores fueran calificados por la demandada como de personas de formación financiera por tener la profesión de galeristas de arte, hecho este que tampoco ha resultado probado. En la contestación a la demanda la entidad mercantil considera a los actores como personas que conocían el funcionamiento y la evolución de los mercados por los productos anteriormente contratados (operaciones de perfil netamente conservador y no especulador), conclusiones que no pueden ser compartidas por quien suscribe. Así, ha resultado acreditado que la parte actora ha de ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando la condición de consumidor, merecedor por tanto de la máxima protección, sin que el hecho de que hubiera realizado con anterioridad diversas operaciones financieras con diversos importes varíe dicha conclusión en tanto que esta circunstancia no implica que tuvieran acceso a la información tan compleja que conlleva la suscripción de las participaciones preferentes, ni tampoco a la adquisición de otros valores cotizables en Bolsa. En este sentido cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes, como se ha puesto de manifiesto en el anterior Fundamento de Derecho, constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotizan en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión, para proceder a su venta, lo que correlativamente incrementa la obligación exigible al Banco sobre las vicisitudes que pueden rodear la inversión.

El artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal 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

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ( RCL 1993, 1560 ) concretó aún más 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 interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la Inversión (artículo 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). Dicho Real Decreto , vigente en la fecha de suscripción del contrato litigioso, fue derogado por la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre ( RCL 2007, 2302 ), por la que se modifica la Ley del mercado de valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive).

La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bisde la LMV); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis en el mismo cuerpo legal regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (artículo 79, bis núm. 3, 4 y 7).

Asimismo el artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito menciona que los contratos entre las entidades de crédito y su clientela 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 (...).

Actualmente ese deber de información ha proliferado en los diferentes cuerpos legales encontrando referencias expresas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre ( RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias en sus artículos 8d ), 18.2 , 60 , 63 y 65.

**QUINTO.**- Aplicando la normativa de referencia sobre la documental aportada por la parte demandada en modo alguno puede inferirse que se efectuara la información necesaria, clara y comprensible que permitiera a los actores tener el conocimiento preciso sobre el producto complejo y arriesgado que adquirían. Y ello porque aquellos documentos (doc. nº 1 aportado a las actuaciones el 28 de febrero de 2012 de la demanda) no reflejan más que un contrato-tipo formulado por la entidad bancaria demandada con una mera referencia al tipo de producto que se estaba ofreciendo, sin alusión alguna a sus características, riesgos, plazos, posibilidad de cancelación, y sin constancia alguna de la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo del cliente, donde la intervención de la parte actora se ha limitado a plasmar su firma. Además no hay documentos que sirvan a la parte demandada para justificar el cumplimiento de su deber de información.

A todo ello hay que añadir que no ha quedado acreditado la información verbal que les fue facilitada a los clientes en la sucursal bancaria, resultando a todas luces insuficiente, debido a que no consta que en ningún momento se les advirtiera de su carácter perpetuo, ni de su participación en mercados secundarios, ni mucho menos de las vicisitudes que rodean la recuperación de aquella inversión.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

De lo anterior resulta acreditado que existió efectivamente en la suscripción del contrato de adquisición de las participaciones preferentes un error invalidante del consentimiento sufrido por la parte actora, cuya génesis radica en la confianza que depositó en la entidad bancaria, a través de la información sesgada, inadecuada e incompleta que le fue facilitada, ya que en principio las características que le fueron expuestas cumplían la exigencia de garantía del capital y suponían una mejora respecto de los anteriores productos contratados. La iniciativa para formalizar el contrato objeto de la presente litis no ha resultado acreditada, no se tiene constancia de si fue a iniciativa del propio banco o a los propios clientes, al saber que el cliente estaba interesado en obtener una mayor rentabilidad a sus ahorros. No consta ni el alcance ni la exhaustividad de la información facilitada que debió ser efectuada en ningún modo de forma genérica, ni con base simplemente en los formularios que figuran firmados por las partes, sino en atención a la concreta situación y necesidades del cliente, sobre todo en relación a la cifra objeto de inversión en tanto que constituía ahorros de toda una vida de los que se han visto privados hasta el momento dadas las trabas que el producto contratado impone para su completa recuperación, desconocidas para el cliente y de las que no fueron debidamente informados en ese momento inicial sino casi cinco años más tarde, en el año 2010 cuando recibieron la comunicación del cese en la entrega de intereses durante dos años, comenzando el mismo en abril de 2010 ( documento número 8 de la demanda) siéndoles entonces, cuando empezaron a tener conciencia del carácter perpetuo de aquella adquisición y de las peculiaridades de su venta circunstancias desconocidas hasta el momento por aquellos, originando la aparición de dudas en el producto contratado y por ende en la recuperación de sus ahorros, que llega a día de hoy, y que le llevó a remitir un burofax a la entidad bancaria (documento nº 9 y 10 de la demanda) reclamando un resumen de los intereses liquidados a su favor anualmente el no tuvo replica alguna.

**SEXTO.-** Para concluir, en el caso que nos ocupa, es evidente la complejidad del contrato formalizado por las partes no solo por su funcionamiento sino porque el complejo conocimiento de su real alcance exige disponer de información precisa acerca de los mecanismos y evolución previsible de los mercados financieros. Y esa información precisa es la que no ha existido o al menos no ha quedado probada en este concreto caso. Del análisis de la prueba practicada se desprende que esa información facilitada a la parte contratante fue a todas luces inadecuada e insuficiente constituyéndose en una ocultación dolosa determinante de un error invalidante del consentimiento, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1265 (será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo) y 1266 (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)del Código Civil ( LEG 1889, 27 ).

Conviene traer a colación lo dispuesto en la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santander, en la que en un supuesto similar concluía que" el error en el 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. Más 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)".

Del mismo modo que señala la anterior Sentencia, en el presente caso, debe considerarse que el error fue esencial, puesto que afecta a las obligaciones principales del contrato y a la característica del alto riesgo del mismo, sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, derivada de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plana conciencia de lo que contrataba 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

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

complejo del que no recibió -o no se ha probado que recibiera-la necesaria información para ponderar sus riesgos y decantarse conscientemente sobre sus contratación.

Concluye la mencionada sentencia aludiendo a la SAP de Cantabria de 25 de octubre de 2012, plenamente aplicable a este asunto, en la que se refleja 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."

En consonancia con lo anterior, al concurrir en el contrato celebrado por las partes litigantes la existencia de un error invalidante del consentimiento, procede declarar la nulidad de las órdenes de adquisición de valores, 63 Participaciones Preferentes del Royal Bank of Scotland, contrato suscrito entre las partes el 17 de enero de 2005.

**SÉPTIMO.**- La estimación de la pretensión ejercitada con carácter principal, esto es la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito el 17 de enero de 2005, conlleva la nulidad de los cargos de administración y custodia girado en fecha 29 de junio de 2012 (doc. Nº 11 y 12 de la demanda), cuyo importe es de 298,08 siendo el mismo consecuencia o resultado de los gastos de custodia de unos títulos cuyo contrato matriz u original ha sido declarado nulo por medio de la presente resolución. A dicha conclusión se llega teniendo en cuenta que sin el primer contrato de adquisición no se hubiera girado tales cargos por custodia de tales bonos o participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland. Dado que estos cargos proceden del precedente contrato nulo en su integridad estos también deben ser considerados nulos a todos los efectos.

Declarada la nulidad de ambos debemos acudir al artículo1.303 del Código Civil ( LEG 1889, 27 ), según el cual deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes(que en el presente caso no resultan de aplicación).

La aplicación de este precepto al presente caso conlleva la denominada "restitutio in integrum" con efectos ex tunc, esto es, habrá de ser restaurada la primitiva situación, anterior a la celebración del contrato, para lo cual se desharán los desplazamientos patrimoniales efectuados. Surge la obligación de la parte demandada de la devolución del principal invertido, cantidad de cinco mil setecientos noventa y cuatro euros con veinte céntimos (65.794,20 euros) que sumando la cuantía de 298,08 por custodia de los bonos resulta una cifra final de sesenta y seis mil noventa y dos euros con veintiocho céntimos (66.092,28 euros).

De igual modo, el actor deberá reintegrar a la parte demandada la totalidad del importe percibido en concepto de intereses que le han sido abonados periódicamente durante la vigencia del contrato aplicando a dicha cantidad el interés legal desde el instante en que se formalizaron.

Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria citada, conforme al artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la documental obrante en las actuaciones. Por tanto, será en ulterior fase de ejecución de la presente sentencia donde se fijará la cantidad de la que resulta ser acreedora la parte actora, tras la correspondiente compensación judicial.

La estimación de la pretensión ejercitada con carácter principal implica no entrar en el análisis de la cuestión subsidiariamente planteada, relativa a la resolución contractual de los contratos suscritos entre las partes, ahora declarados nulos, por haber sido satisfecha la petición ejercitada en primer lugar.

**OCTAVO.**- En materia de intereses, resulta de aplicación los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**NOVENO.**- La estimación de la demanda determina que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las costas deban ser abonadas por la parte demandada.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

## FALLO

Que ESTIMANDO EN SU INTEGRIDAD la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Moreno García en nombre y representación DEBO DECLARAR Y DECLARO:

La nulidad de las ordenes de adquisición de valores, Participaciones Preferentes de los 63 bonos del BANK ROYAL OF SCOTLAND, contrato suscrito entre las partes el 17 de enero de 2005 por la existencia de vicio de error en el consentimiento y por ende la nulidad de los cargos de administración y custodia girados en fecha 29 de junio de 2012.

Y así, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad mercantil UNNIM , S.A.U., a estar y pasar por dicha declaración y a devolver a los demandantes la cantidad de sesenta y seis mil noventa y dos euros con veintiocho céntimos (66.092,28 euros), 65.794,20 euros de la orden de pago de 17 de enero de 2005 y 298,08 euros derivados de los cargos de administración y custodia girados en fecha 29 de junio de 2012 más los intereses moratorios de los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil.

En ejecución de sentencia se liquidará, en favor de la parte actora, el interés legal devengado por la cantidad objeto de su inversión.

En favor de la parte demandada, se liquidará para lograr su reintegro, la totalidad de los importes abonados en concepto de intereses devengados en favor del actor durante el período de vigencia de las participaciones y con aplicación del interés legal desde la fecha del comienzo de su vigencia.

Se condena a la parte demandada al abono de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, ante este Tribunal, por escrito y dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el siguiente a su notificación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La admisión de dicho recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANESTO nº con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

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

La Juez PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo./a Sr. DAVID CHECA RUESCAS Magistrado- Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/