Letrado: MERCE FREIRIA SANTOS
Su Ref.:
Cliente:
Contra: CATALUNYA BANC, SA
Mi Ref.: A126834

PEDRO MORATAL SENDRA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Alfambra, 14, 6º 1ª
Tel.: 93.206.36.64
Fax: 93.205.42.77
08034 - BARCELONA

NOTIFICADO 29/05/13

Juzgado Primera Instancia 24 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario
Parte demandante
Procurador PEDRO MORATAL SENDRA
Parte demandada CATALUNYA BANC, S.A.
Procurador ANTONIO Mª DE ANZIZU FUREST

SENTENCIA NÚM. 90/13

LUGAR y FECHA: **Barcelona, a veintidos de mayo de dos mil trece .**

MAGISTRADO-JUEZ: **D. Antonio Pascual Nuño de la Rosa y Amores.**

TIPO PROCEDIMIENTO: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** · Nº AUTOS: SECCIÓN: ·ACCIÓN EJERCITADA: **Nulidad de contrato bancario.** · CUANTÍA:30.000 **EUR .**

PARTES LITIGANTES:
DEMANDANTES: **Y**
· PROCURADOR: **PEDRO MORATAL SENDRA** · LETRADA: **MERCEDES FREIRIA SANTOS**

DEMANDADO: **CATALUNYA BANC, S.A.** · PROCURADOR: **ANTONIO Mª DE ANZIZU FUREST** · LETRADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se turnó a este Juzgado demanda de juicio ordinario que formulaba el procurador Sr. PEDRO MORATAL SENDRA en representación de contra CATALUNYA BANC, S.A en ejercicio de acción nulidad del contrato bancario y en persecución de la suma de 30.000€ en que se cuantificará la presente litis. Basaban su pretensión los actores .y en que son titulares de 60 títulos de la octava emisión de obligaciones de deuda subordinada de Caixa Catalunya, actualmente la demandada CATALUNYA BANC, S.A., por nominal de 30.000€ que invirtió la demandante . que había sido indemnizada por el cierre de la empresa en que venía trabajando adjuntándose de 1 contrato de custodia y administración de valores de fecha 3/ 2/ 0 8 y de 2 orden de suscripción de la indicada deuda subordinada de fecha 2/ 12/ 0 8. Se significaban las circunstancias personales de los actores, la esposa , ama de casa sin trabajo desde el 2008 (se adjuntaban de 3 y 4 documentación acreditativa del cierre de la empresa y apunte de la indemnización percibida) y con estudios primarios y el actor

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

de 45 años, diplomado en ingeniería mecánica, careciendo ambos de formación financiera. Son clientes de Caixa Catalunya a través de la oficina de RUBI desde hace más de 20 años y han depositado toda su confianza en sus empleados. Se pasaba a analizar las características, origen y evolución de los productos híbridos y entre ellos de las obligaciones subordinadas, remitiéndose el documento número 5 sobre la definición que de tales productos ofrecen en la C N M V, analizándose la nota de valores de la Comisión que aquí nos ocupa, en tanto de 6 se aportaba la nota de valores y de 7 el estudio del Banco de España de noviembre de 2009 así como diferentes memorias anuales de documentos 12 y 13 y de 14 el informe anual del 2012 a fin de definir las características de ese producto financiero y sus consecuencias. Volviendo al caso de autos, es lo cierto que a finales del año 2008 con fecha 3/ 12/ 0 8 el personal de la oficina bancaria antedicha de ., RUBÍ, asesoró a los demandantes y para que firmaran una orden de suscripción de obligaciones de deuda subordinada de la octava emisión por importe nominal de 30.000€ que constituye la indemnización de la señora demandante por el cierre de su empresa, adjuntándose 15 queja planteada al servicio de atención al cliente de Caixa Cataluña del 13/ 9 /12 y de 16 a 18 las cartas respuesta a esas reclamaciones en que se reconoce que no se realizó el test de idoneidad al señor , ., en tanto 19 los estractos formativos en los que se indica expresamente que se trata de una inversión sin asegurar el capital invertido. Por lo tanto la comercialización se produjo sin que el personal de la oficina bancaria expusiera a los demandantes y cuáles son las verdaderas características y riesgos del producto analizándose la orden de suscripción, magnificándose el hecho de que en ese orden de suscripción se establece como prudente el perfil del producto y se hace constar que no es posible determinar la conveniencia de esa inversión al no haber sido posible realizar el test de la connveniencia cuando lo cierto es que ninguno de los demandantes y se les ofreció la posibilidad de someterse a test. Se significaba la actual situación de Cataluña Caixa y se enfatizaba el hecho de que el mercado secundario en el que se negoció la venta del producto se haya paralizado por falta de concurrencia, remitiéndose a las documentos 21 y 22. Pasaba la demanda a analizar la normativa aplicable al caso y denunciaba el incumplimiento de las obligaciones por la entidad financiera dado que nos hallamos ante inversores minoristas,habiendo incumplido la entidad bancaria gravemente la obligación de información general ,no advirtiendo que se trataba de un producto de riesgo elevado, no realizando un análisis y test de conveniencia ,lo que motiva la nulidad radical y absoluto del contrato por falta de consentimiento ya que ni la señora ni el esposo demandantes tuvieren conocimiento del mismo al faltarles absolutamente la información de sus características y riesgos que implicaba además un radical incumplimiento de las obligaciones legales de información sobre las características de dicho producto. Subsidiariamente solicitaban y la resolución del contrato por incumplimiento del deber de información que pesa por sobre el banco que ofrece el producto. Tras denunciar la mala fe de la demandada CATALUNYA BANC, S.A. y remitirse al Real Decreto ley 24/12 de 31 agosto sobre medidas de protección de los clientes afectados y referirse a los documentos 24 y 25 y subrayar el fracaso de las negociaciones extra judiciales, tras alegar los fundamentos del caso, terminaban suplicando señores y que se admitiera a trámite la demanda y en su día se dicte sentencia declarando la nulidad del contrato de fecha 3/12/0 8 para la adquisición de obligaciones subordinadas emisión octava condenando a CATALUNYA BANC, S.A. a devolver a los actores y . el importe 30.000€ con sus intereses desde la fecha de ejecución de las órdenes de compra y cargo en cuenta de la misma, minorada esa cantidad en las remuneraciones recibidas en su caso por los actores; subsidiariamente que se declare la

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

resolución de dicho contrato y órdenes de compra por incumplimiento por parte de la demandada CATALUNYA BANC, S.A de sus obligaciones legales en la venta del producto y como consecuencia se condene igualmente a CATALUNYA BANC, S.A a indemnizar a los actores y en 30.000€ en la forma antedicha, todo ello con expresa imposición de costas a la demanda CATALUNYA BANC, S.A. .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada CATALUNYA BANC, S.A que compareció en las actuaciones y se puso a la demanda contrastando la del escrito de fecha 22/2/13 en el que tras una negativa genérica a los artículos de contrario, precisó el alcance de la emisión de deuda subordinada remitiéndose al folleto registrado ante la C N N V de la Emisión, explicando que esa deuda subordinada cotiza en el mercado de renta fija y significando las facultades que en la negociación ostenta el cliente,si bien reconociendo CATALUNYA BANC, S.A que actualmente el mercado está paralizado y que las entidades financieras toman medidas para proveer de liquidez a los propietarios de esos títulos. En el presente caso la entidad demandada CATALUNYA BANC, S.A , antes Caixa Catalunya ,ejecutó la orden de compra de los títulos valores siguiendo las instrucciones de los actores . y y puso a su disposición los títulos correspondientes. Por lo tanto actúo correctamente pero siempre dentro de los límites del contrato de mandato. Se negaba la alegada de contrario falta de consentimiento al advirtiendo que la propia actora hace referencia a un supuesto vicio en el consentimiento, no a la ausencia del mismo por lo que en todo caso encontraríamos ante supuesto de anulabilidad y no de nulidad radical. Objetó CATALUNYA BANC, S.A esa supuesta falta de consentimiento pues se ponía en contradicción con la recepción por los demandantes de los rendimientos de las órdenes de compra durante todos estos años por cuanto según los documentos 1 a 3 que se adjuntaba, extracto de los movimientos, la actora vienen cobrando los rendimientos de sus participaciones en tanto de 4 se adjunta la información fiscal remitida a los demandantes que debieron declarar esos ingresos a Hacienda. En todo caso invocaba la teoría de venire contra actum propio que recoge el artículo 111 8 C C C. Respecto a la falta de información se remitía a la propia del folleto informativo y nota de valores firmada por los demandantes documentos 8 y 9 de la contestación donde se indica la fecha de vencimiento de las obligaciones En estos documentos se informa de los riesgos del emisor, de los riesgos operacionales y los riesgos de la emisión y al contemplarse todos estos supuestos está claro que que los demandantes y fueron suficientemente informados. Salía al paso del hecho de que no se ha practicado a ambos esposos el test idoneidad por cuanto según documento número 10, en los casos de co-titularidad en cuenta basta practicarlo a uno de los titulares. Por otro lado la demandada CATALUNYA BANC, S.A. , antes Caixa Catalunya, jamás asumió la figura de aseguradora del capital invertido por los actores. Respecto a la subsidiariamente agitada acción de resolución contractual difícilmente puede sostenerse.Por cuanto la emisora de las participaciones es un tercero por lo que la demandada CATALUNYA BANC, S.A es tercero ajeno a esta compraventa y por lo tanto no pudiendo resolverse en su perjuicio un contrato en que no es parte. En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios tras negarse que en la demandada CATALUNYA BANC, S.A hubiere incurrido en negligencia o morosidad de cualquier tipo, se significaba que todavía no se ha producido el vencimiento de la emisión que tendrá lugar el 18/12/18 por lo que es posible un alza del mercado y una recuperación del capital invertido. Finalmente advertía CATALUNYA BANC, S.A la incongruencia de la pretensión de los actores y de cobrar el interés legal pues pretenden una remuneración por su inversión más alta de la que hubiera percibido con un plazo fijo ; y si

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

fuera cierto que tenían el convencimiento de que había suscrito un plazo fijo, no podrían solicitar un tipo de interés superior al que teóricamente hubiere percibido en ese plazo fijo, haciendo referencia a los precios de los plazos a 12 meses vigentes al inicio de los años 2010 a 2012 que alcanzan a 2, 50 por ciento como mucho.

Tras alegar la fundamentación jurídica de aplicación al caso, terminaba suplicando CATALUNYA BANC, S.A que se tuviere por contestada la demanda formulada por contra CATALUNYA BANC, S.A y en su día se dicte sentencia desestimando íntegramente dicha demanda con expresa imposición de costas a la parte actora .

TERCERO.- Contestada la demanda, se citó a los contendientes y CATALUNYA BANC, S.A a la audiencia previa que marca la ley que se celebró el 10 de abril pasado con el resultado grabado en el DVD correspondiente que se da por reproducido. Se intentó un acuerdo pactado entre los litigantes . No se consiguió y propusieron como prueba la documental y testifical .

Se señaló para juicio el día de hoy, 22/5/13 en que se ha celebrado con el resultado grabado en el DVD correspondiente que también se da por reproducido. Tras reiterar la documental aportada, se practicó la testifical oyéndose a los señores .

Seguidamenteconcluyeron las partes por su orden y quedaron pendientes los autos para sentencia .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Preciso es efectuar a modo de preámbulo determinadas puntualizaciones sobre la malpraxis bancaria tributaria de nulidad o anulabilidad de determinados contratos que son ofrecidos al cliente como productos financieros y de las que resulta un perjuicio patrimonial para el particular o bien porque sufrió pérdidas en la inversión aconsejada por el banco o bien porque finalmente resulta deudor respecto a éste como consecuencia de los efectos del producto financiero cuyo alcance no conocía o se le explicó insuficientemente, todo ello partiendo de la relación de confianza en principio existente entre la entidad financiera y el cliente que se deja asesorar y guiar por el banco como comerciante experto en el ámbito de la financiación. Particularmente ilustrativos son los supuestos de contratos de depósito y los de "permuta financiera de tipo de interés" , denominados SWAP.

Debe partirse de la idea de la administración de valores como típica actividad bancaria. Suele aludirse al distingo de la actividad de depósito y de administración y gestión de los valores en beneficio de la clientela que se engloba dentro de los denominados servicios para bancarios. Dentro del amplio espectro de lo que se ha denominado administración sustantiva de los valores, se comprende un abanico que va desde el mantenimiento o mera conservación del contenido económico del valor lo que se reconduce en un contrato de depósito en sentido estricto hasta operaciones que suponen la máxima obtención de rentabilidad en función de la política de inversión que el banco hace presente al cliente y que éste, guiado por aquel como experto en la materia, accede y asume ,recayendo en la entidad bancaria tanto la elección de la inversión como el presumible buen fin de la misma. Si el banco reconduce su actuación a la simple conservación del contenido económico mediante la guarda y custodia de los documentos en que se formaliza el derecho y a la obtención de su rentabilidades prefijadas, nos hallaríamos ante el mero contrato de depósito de valores y a tenor del artículo 308 del Código de comercio, ese supuesto de servicio de administración conservativa de valores implica que una entidad bancaria se obliga frente a su cliente a la conservación y custodia del soporte documental de los títulos (depósito en sentido estricto) y a realizar todos los actos para la conservación económica de los valores mediante el ejercicio cuidadoso de los

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

derechos inherentes a los valores administrados (se entrevera el contrato de comisión subsumible en el citado artículo 308 del Código de comercio), abriéndose la distinción según lo depositado sean títulos valores materiales o se administre valores representados mediante anotaciones en cuenta.
Frente a este tipo de contratación sencilla pues el banco llena su obligación conservando los valores y obteniendo sus rendimientos normales económicos y ejercitando en su caso los derechos políticos colaterales, aparece la figura contractual mucho más compleja de la que se ha denominado "contrato de gestión de cartera de valores" o "contratos de gestión de carteras de inversión". En atención a que en el ámbito de los mercados de capitales la mayor complejidad inherente a la inversión exige una cualificación y conocimiento del mercado a que el inversor particular no puedo hacer frente, se supera esa dificultad a través de una mediación profesional que asume el banco, de suerte que ya no se limita al mero contrato de depósito de valores que subsiste como base, sino que el cliente encarga a su banco- gestor la explotación de su cartera de valores que comprende no sólo la administración conservativa de aquellos sino que le permiten explotarla de acuerdo con unos criterios de obtención de beneficio en que prima la cualificación del banco como experto financiero que aconseja al cliente a cambio de un precio por su función de depositario y administrador cualificado. Ese contrato de gestión de carteras de inversión supone la gestión indirecta individual de valores y ha sido definido por la doctrina como aquel por el cual una persona, mandante, encarga a otra, gestor, que mediante operaciones sobre valores mobiliarios, administre el patrimonio del mandante constituido por dinero, títulos o un conjunto de ambos. Como regla general, en la ejecución de la actividad de administración de valores, la entidad de crédito deberá observar una actuación diligente, prudente y ordenada de conformidad con el artículo 255. 2 del Código de comercio que ordena que se hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso de comercio, obligación general que tiene apoyo para la administración desempeñada en el ámbito del mercado de valores en el artículo 79 c) LMV que obliga a la entidad de crédito administradora a desarrollar una gestión ordenada y prudente cuidando los intereses de los clientes como si fueran propios. Por otra parte el artículo 2 del anexo del Real decreto 629/93 de 3/5 sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, Código General de Conducta,ya establecía la obligación de las entidades administradoras de valores de actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, procediendo su ejecución según las estrictas instrucciones de su cliente o en su defecto en las mejores condiciones para el cliente, observando en todo caso los reglamentos y los usos propios de cada mercado. Ni que decir tiene que la posición de la banca es privilegiada en la administración de valores por cuanto parte de un sistema de confianza especial de los clientes sobre este tipo de entidades a las que confían la gestión de sus fondos ,de suerte que se ha llegado a afirmar que la pericia bancaria que se conoce con el anglicanismo "skill" exigible a las entidades de crédito es mucho mayor que la pericia exigible a cualquier otra entidad administradora ,toda vez que se trata de un comerciante experto que ejerce funciones de comisionista como fuente de lucro y que actúa utilizando todos las técnicas existentes en el momento de la ejecución en la forma y condiciones en que hubiera hecho cualquier otra entidad de crédito.Además de las disposiciones legales, esa diligencia exigible a las entidades bancarias como el arquetipo de las entidades de gestión de cartera y que debe atender a unos parámetros de alta tecnificación y responsabilidad suma, se complementa con las normas que protegen a la clientela bancaria que pasamos a resumir.

El cliente- consumidor que confía su cartera de valores o sus ahorros a la entidad bancaria para su inversión con la pretensión de obtención de una alta rentabilidad (o al menos la mejor posible),asume desde luego el riesgo de la operación pues en definitiva se trata de la obtención de frutos civiles de su patrimonio. Pero puede exigir a la entidad que gestiona su

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

cartera de valores o sus fondos que al invertir actúe con los parámetros de profesionalidad cualificada a que hemos hecho referencia, cumpliendo la normativa que regula la materia que impone estrictas obligaciones a estas entidades que repercuten en normas de derecho público en cuanto tratan de asegurar la limpieza y eficacia del mercado de valores pero que trascienden a las relaciones privadas entre el banco y su cliente.

En primer lugar y a tenor de la Ley 7/98 de 13/4 sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC) hay que estar al sistema restrictivo de requisitos formales de incorporación para que una cláusula general se considere ajustada a derecho. Se limita la incorporación de cláusulas generales al contrato y por ello condicionan su carácter de fuentes de las obligaciones.Tal como ocurre con la obligación de información previa al cliente bancario y la firma con la aceptación de todas las cláusulas del contrato según el artículo 5 de la meritada ley .Por ello se declaran nulas aquellas condiciones generales de la contratación bancaria de administración de valores que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra imperativa, según el artículo 1 de la misma. En todo caso no quedan incorporadas al contrato bancario aquellas condiciones generales que el cliente adherente no hubiere tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la cerrazón del contrato o si no han sido firmadas cuando sea necesario, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles ,salvo que éstas hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a las normas específicas de disciplina bancaria sobre transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato según el artículo 7. a). de la indicada disposición. El artículo 5.1.2. LCGC impone además la obligación específica de facilitar al cliente adherente, previa información, un ejemplar del contrato, de forma que si no hay entrega de tal ejemplar, hay que entender que el cliente no se ha adherido a esas condiciones generales.

Algún sector de la doctrina entiende que la normativa disciplinaria de las entidades de crédito contenidas en un principio fundamentalmente en la ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito,LDIEC, ley 26/88 de 29/7,y disposiciones en la materia que la han seguido, si bien tal normativa no es de aplicación directa el contrato, puede producir efectos indirectos de protección al usuario en el momento de la celebración y formalización del contrato ya que esta norma desarrollada por Orden del Ministerio de Hacienda de 12/12/ 89 y por una circular del Banco de España 8/90 de 7/9 impone una forma de conducirse a las entidades en aras a la protección del cliente bancario usuario de los servicios de organización y gestión de valores. Como quiera que el artículo 259 del Código de comercio obliga a todo comisionista a observar lo establecido en la normativa de aplicación por razón de la negociación confiada, es llano que si la entidad bancaria ha incumplido esas disposiciones obligatorias y si el cliente demuestra la relación de causa a efecto entre el incumplimiento y el daño patrimonial, prosperaría su pretensión indemnizatoria .

Paradigmática desde luego en la materia es la legislación protectora del consumidor que parte de la ley 26/84 de 19 de julio y que actualmente se regula en el Real Decreto Legislativo 1/07 de 16/11, Texto Refundido de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en sintonía por lo demás con la directiva 93/13/CEE del Consejo que advierte que la normativa de consumo afecta a todos aquellos contratos celebrados en el sector financiero y crediticio con un consumidor. Si bien es preciso puntualizar que la normativa de protección del consumidor parte de la idea de que el contrato bancario es un contrato de adhesión regulado a través de condiciones generales de la contratación, emanación de la autonomía privada contractual de la entidad de crédito y de la adhesión por parte del cliente bancario a dichas condiciones, sin la posibilidad de que este último pueda negociar de forma individual todo o gran parte las cláusulas contenidas en los contratos tipos. Por lo tanto si el cliente estipula cláusulas individuales con la entidad de crédito que administra los valores ,sólo queda protegido respecto de aquellas cláusulas generales que se apliquen a la oferta o promoción

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

del servicio redactados unilateralmente por la entidad de crédito con el fin de regular la relación contractual entre éste y el cliente, considerándose en todo caso como cláusulas abusivas las previstas en la disposición adicional primera de la ley 26/84 de 29 julio y su actual trasunto en el Real decreto legislativo 1/2007 .

Ahora bien: la pieza maestra de la protección de los inversores en el ámbito en que nos movemos se contiene en la Ley del Mercado de Valores, LMV, ley 24/88 de 24/7, reformada por la ley 47/07 de 19/12 que introduce el fundamental artículo 79 bis. La LMV , en los artículos 63).1. d) y a) y en el art 63. 2) viene a dibujar un sistema de exigencias a las entidades financieras con un evidente afán de proteger la transparencia del mercado en general y los intereses de los inversores ya profesionales ya minoristas en particular. Esta regulación legal tiene antecedentes históricos en los denominados códigos de conducta bursátil utilizados en Inglaterra para disciplinar la bolsa, de donde pasan al derecho continental. Estas normas exigen un modelo de comportamiento de carácter vinculante para los intermediarios financieros que actúan en el mercado de valores y las entidades financieras que desarrollan esta actividad quedan vinculadas subjetivamente a tales normas por cuanto principiando por el deber genérico reconocido en los artículos 78 79 y 80L de la LMVque remite al acervo normativo compuesto por las normas, código general de conducta y reglamentos internos de conducta que vinculan a la entidad financiera y a sus empleados y que parten del postulado de exigir a esas entidades de crédito cumplir su encargo administrando los valores confiados con diligencia y transparencia, siempre el interés del cliente y en defensa del mercado según el artículo 79 de la indicada ley. Se les obliga además a separar la gestión de los valores confiados por su clientela y los de su propia cartera con el fin de evitar cualquier conflicto dando prioridad de interés de los clientes sin privilegiar a ninguno de ellos. Por último ,se debe administrar esos valores como si fueran propios. Trascendente es el deber de que han de asegurarse de solicitar toda la información necesaria sus clientes para una mejor administración de sus valores, procurando mantenerlo siempre adecuadamente informados sobre la situación de su cartera así como la del mercado de valores que puede influir en dicha administración de bienes y solventar las consultas que el cliente pueda dirigir a estas entidades , debiendo abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia y valorar productos financieros sobre los que se está realizando un análisis específico y significarán al cliente cualquier posible conflicto de intereses en relación con el servicio de administración de valores que se está prestando, todo ello conforme al fundamental artículo 79 de la LMV. Dicho sometimiento se reforzó en su día de acuerdo con el artículo 8 .1, del RD 867/2001 de 20/7, significandoseo ser por la mejor doctrina que en derecho comparado se afirma la responsabilidad civil del intermediario financiero incumplidor de las normas de conducta frente al cliente y que nuestro derecho encuentra apoyo en las obligaciones que se derivan del artículo 259 del Código comercio referidas al comisionista pues si conforme a esta ley en blanco debe observa lo establecido en las leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, ella no que el incumplimiento de todo ese entramado obligacional faculta al cliente para exigir responsabilidad.

Esa normativa se completa con la Ley 47/07 y el Real Decreto 217/08 que trasponen a la legislación española las directivas comunitarias 2004 /39 de la C E relativa a los mercados de instrumentos financieros, desarrollada por la directiva C E 2006/76 y el Reglamento de la. C.E 1287/2006, espacio MIFID (obtención del perfil del inversor que permite en principio a la entidad financiera calibrar si el producto que ofrece es adecuado a las necesidades y posibilidades del cliente normalmente a través de un cuestionario) ,así como una circular 6/2008 de 26/11 del Banco de España sobre normas de información financiera publica reservada y modelos de estados financieros. EL RD 217/08 de 15/2 relativo a las empresas de servicios de inversión deroga el anterior RD 629/ 93 y en su artículo 64. 1. ordena a las entidades que prestan servicios de inversión que proporcionen a sus clientes, incluidos los

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

potenciales una descripción general de la naturaleza y riesgo de los aumentos financieros, teniendo en cuenta en particular la clasificación del cliente como minorista profesional. Así pues se impone un específico deber de información y concienciación del cliente sobre la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero que se ofrece o aconseja. Y esa protección y necesidad de información halla su máxima expresión en la normativa que se conoce comoIFID , directiva 2004 /39 CE, trasladada a la legislación española por la ya citada ley 47/07 y el RD 217/08 que obliga a la entidad financiera aacreditar a que con anterioridad la firma del contrato el cliente fue documentado suficientemente sobre las características del producto le contrata, riesgo del mismo que debe ser adecuado a perfil y experiencia del cliente, partiendo de la distinción entre el inversor minorista o profesional. Suele reseñarse por último que frente a la actual crisis económica de alcance global, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha emitido en 7/5 /09 unas condiciones de comercialización de instrumentos financieros de mercados de valores donde se efectúa una serie de consideraciones sobre buenas prácticas encaminadas a asegurar las consecuencias de la normativa MIFID.

Los analistas del tema suelen señalar como malas prácticas bancarias en este terreno las tarifas y comisiones incorrectas que se referencian en los informes anuales sobre reclamaciones de la CNMV ; actuaciones en ausencia de instrucciones del cliente al que alude la SAP Barcelona de 28/11/2001 ; indebido ejercicio del derecho de suscripción preferente a que se refiere la STS 9710/97 ; mala práctica en relación con el ejercicio del derecho de voto derivado del artículo 1071 LSA, ; utilización indebida de los valores y la falta de consentimiento de su titular así como de indebida delegación bancaria en el marco de la administración de valores anotados en cuenta, particularmente la utilización no consentida de valores en la sub depositaría, supuestos de las "cuentas de detalle" o "cuentas ómnibus". ; Recientemente han cobrado trascendencia pública los denominados SWAP respecto a los que se ha manifestado el Defensor del Pueblo en informe de fecha 2711/09 donde claramente se dice que el cliente tiene que pagar mucho más que lo que recibe en el caso de una subida de tipos de la misma cuantía y mucho más de lo que ahorran en la cuenta de préstamo, incrementándose el riesgo de forma desproporcionada tratándose de un producto especulativo que beneficia en todo caso las entidades financieras,definiéndose el SWAP como producto por el que el banco y el cliente acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal a un plazo determinado y a que alude en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo,sec 5°, de 27/1/10, SA P Burgos 33/2010 ,SAP Pontevedra,sec 1ª, de 7/4/2010, SAP Jaen de 27/3/2009 ;Avila de 27/1/11 y Alava de 7/4/2009 , operaciones financieras que son analizadas en las Memorias del Banco de España del 2007 y en el informe de 17/ 2/2 009 ; por último y a título de ejemplo para magnifique la importancia y actualidad de la problemática, cabe recordar las crisis derivadas de casos de la trascendencia del Murdoch o Lheman.

El IRS (interest rate swap), conocido en la práctica como SWAP,es un acuerdo por el que las partes, banco prestamista i creyente prestatario normalmente, se comprometen a intercambiar en unas fechas prefijadas unos flujos periódicos consistentes en aplicar un tipo de interés a un nominal. En la mayoría de ocasiones el tipo aplicado a los pagos de una parte es fijo mientras que el de la otra suele ser variable admitiéndose el denominado"spread" o diferencial. En definitiva el comprador-cliente paga fijo y recibe variable con lo que asume el riesgo de bajada de tipos de interés, mientras que el vendedor se arriesga si sube ese tipo de interés. Por lo tanto se trata de un contrato bilateral, oneroso, atípico y con un evidente contenido aleatorio en el que reside gran parte de su problemática.Efectivamente: el contrato depende de un alias cuál es la fluctuación del mercado financiero i en concreto las variaciones de los tipos de interés generalmente con referencia al Euribor u otro índice semejante. Si ese tipo de

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

interés evoluciona la alta, el vendedor del producto, banco abona la diferencia al cliente. Però si experimenta variación a la baja es el banco quien resulta acreedor. En principio cabe afirmar que nos hallamos ante un contrato consensual, bilateral sinalágmático y a término con un carácter aleatorio y establecido intuitu personae que para un sector de la doctrina deriva en una naturaleza especulativa mientras que otro sector, partiendo de que la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones y dando por supuesto que esa fluctuación del mercado no es controlada por ninguno de los dos agentes económicos que intervienen en el contrato, en aras a los principios de libertad de pactos y de respeto y conservación del contrato nacido de los artículos 1256 y 1258 del Código civil, se pronuncian sobre su plena validez y asunción de los resultados por la parte que finalmente resulte perjudicada como consecuencia de la fluctuación al alza o a la baja de ese tipo de interés de referencia. En tal sentido se han pronunciado entre otras las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, sec 2ª, de 22/4/08 ; Madrid de 9/3//09; 10/7/09 Avila 9/9/ 10 y 17/1/11; Cáceres de 18/6/10; Ciudad Real de 18/6/09; Badajoz de 24/2/11; A Coruña de 4/11/10; y Valencía de 5/4/ 11 entre otras . Se refuerza la argumentación aludiendo a que dado que el mercado hipotecario se basaba en un tipo de interés variable según el informe del Banco de España sobre cláusulas los préstamos hipotecarios publicado en el Boletín Oficial las Cortes Generales de 7/5/10, el legislador optó porque las entidades financieras ofertarán este tipo de productos a sus clientes mediante el Real decreto ley 2/03 de 25/4 de Medidas de Reforma Económicas que obliga a las entidades crediticias a informar a sus deudores hipotecarios con tipo de interés variable son los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tienen disponibles y esa disposición (que por lo demás se remitía y ordenaba respetar las normas de transparencia del préstamo hipotecario conforme al artículo 48. 2 de la ley 26/88 de 29/7 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), supone un obligación legal para la entidad bancaria y por lo tanto no se trata de que intente colocar un producto altamente favorable para el banco y perjudicial para el cliente a espaldas de la ley.

El problema surge en que este contrato presenta(sobre todo para el público medio) cierta problemática de comprensión por cuanto tiene ciertas concomitancias con el contrato de seguro aunque indudablemente no puede entenderse como un seguro a los efectos del artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro. La idea global que percibe el cliente es que compra un seguro por el que el banco le garantiza que una subida de los tipos de interés no le afectará si suscribe este producto. El cliente puede llegar a entender que su contraprestación económica consiste en un pago de prima o cantidad pactada y no alcanza a comprender el contenido de riesgo que el mismo supone. Tal situación de indebida comprensión o intelección insuficiente es glosada por la SAP Oviedo, de7/10/2010 en el aspecto dinámico de la contratación y por la SAP 3 /3/2010 de Burgos , Zaragoza, sección 15,de 15/9/10,Coruña ,sec 6,de 30/12/11;Girona, sec 2ª de 3/1/12, y Pontevedra, sección1 y 3, de 27/5/10 y 29/11/11 que analizan la falta de objeto cierto en la determinación de las liquidaciones, particularmente respecto al cálculo consistente en que se producirá el pago de una cantidad por parte del vendedor al comprador o del comprador al vendedor si el tipo fijo y la cantidad fija que resulte son superiores a la cantidad variable y que se calculará conforme a la siguiente fórmula: CR=CF-CV,Lo que conlleva a que el pago de esa cantidad sea indefinido e indeterminado pues se deja a la aplicación de una fórmula que no puede ser conocida por una persona no professional de los mercados financieros.Ni qué decir tiene que las exigencias de información deben magnificarse en estos casos.

En casi todos los supuestos de reclamación el demandante-cliente perjudicado por la mala calidad del producto que normalmente le supone la pérdida de sus ahorros o el fracaso de su inversión, denuncia la falta de las exigencias contractuales de información, falta de logro del

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

adecuado perfil del inversor o incumplimiento de la exigencia MIFID, ausencia de explicación de la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero y daño patrimonial derivado o inminente si el Banco exige o está en condiciones de exigir al cliente el pago de las consecuencias del producto ofertado y aceptado. Aluden a la falta de consentimiento como requisito esencial del contrato al abrigo de los artículos 1261, 1266, 1300 y concordantes del Código civil ,agitando la tesis del error propio invalidante del contrato en la línea de las STS 10/10/62 y 2/ /,11/5/98,y al agotamiento de la posibilidad de la excusa válida conforme a la STS 4/1/82 y 28/9/96, y en parecida línea la SAP Barcelona, sección 15ª del 19/4/12 . Siquierq no faltan resoluciones que se inclinan por no admitir ese error invalidante por cuanto las condiciones del contrato fueron expuestas por la entidad bancaria y pudo el cliente evitar la consecuencias mediante el empleo de una diligencia media regular mediante la lectura del contenido del contrato ,como han dicho recientemente la sentencias de fecha 14 y 21 / 2 /12 de la Audiencia Provincial de Barcelona ,sección 13ª y en el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de fecha 26/6/12 e incluso tampoco admite esa posible falta de consentimiento la sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26/1/12 ; denuncian del incumplimiento del bloque normativo protector del consumidor-inversor que ha quedado estudiado y reclamándose como consumidores en última instancia, solicita la nulidad del contrato o alternativamente la indemnización por la mala praxis bancaria optando por una resolución del contrato de depósito, comisión y asesoramiento financiero, siquiera en la mayoría de ocasiones optan por la nulidad radical del contrato por el que devinieron titulares del producto financiero fracasado. Las entidades financieras por su parte oponen en primer lugar que quien realiza la inversión y por lo tanto asume el riesgo de la operación es el cliente, no el banco ; a continuación suelen excepcionar y magnificar la postura del banco como intermediario, mero mandatario de una operación que , explicada al cliente por el banco tanto en forma precedente a través de los folletos o revistas de información como personalizada por su empleados, permiten al cliente optar por un producto financiero cuyo riesgo desde luego asume ; no es infrecuente que la entidad financiera demandada reclame que se considere la condición de experto cuando no de profesional del actor en la línea sentada por la SAP Barcelona, sección 13, de8/7/2008 con cita de las STS 28/2/77 ;4/1/82 y 18/2/94; argumentan que el principio de responsabilidad negocial impone la necesidad de que también el cliente sea tributario de una diligencia media y regular en el sentido de la STS 22/5/2006 y las que en ellas se citan; suelen justificar el cumplimiento del deber de información, particularmente los cuestionarios MIFID; excusan la contingencia de la sobrevenida insolvencia de la empresa que ha acudido al mercado financiero para obtener capitalización (en un cierto sentido, se trata del otro extremo del cordel que en una punta sostiene el cliente inversor y en la otra la empresa que emite los títulos que el banco demandado ofrece,limitándose a proporcionar la cuerda adecuada),remitiéndose a los "ratings" de solvencia emanados de entidades de calificación que han sido reconocidas como elegibles a tales fines por el Banco de España conforme a la circular 3/2008 del mismo ; y evidentemente niegan la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento que se achaca a la entidad financiera y el daño producido al cliente por cuanto entienden que la actuación del banco ha de ser la causa específica del daño y si éste es consecuencia de la variación a la baja del valor de cotización del producto o de las incidencias del mercado, no puede imputarse objetivamente al banco intermediario un daño que procede de las vicisitudes del mercado financiero;suelen sugerir que en todo caso y en atención al principio de responsabilidad negocial también es exigible al cliente una sola una cierta diligencia sin que valga como patente de corso la supuesta profesionalidad y confianza que la entidad financiera puede inspirarle, citándose la SAP Madrid,sec 9ª de 10/7/09 y sec 13 de 9/3/09 , Valencia ,sec 9,de 30/10/2008 que postulan la responsabilidad del cliente que excusa el no haber leído el contrato por la confianza que le ofrece la entidad bancaria ,sugiriéndose

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

en última instancia que en todo caso podría existir una concurrencia de causa torpe en ambas partes conforme a los tres postulados que se derivan de los hipotéticos de nulidad de las obligaciones según los contratantes hayan actuado de buena o mala fe.
Normalmente también excepcionan las entidades bancarias como hecho obstativo que los clientes demandantes han cobrado el diferencial a su favor cuando el índice del Euríbor ha evolucionado al alza y al percibir es el saldo favorable confirman el contrato conforme al artículo 1310 y ss C civil y jurisprudencia que la desarrolla, STS 25/3/68 ;22/12/77;25/2/94 y 18/3/99 y RDGRyN de 11/12/97 y 2/12/98 , rematando la tesis con el sencillo argumento de que no se puede sostener la validez de un contrato mientras arroja resultados favorables y proclamar su nulidad cuando éstos resultados son contrarias. Por supuesto también invocan el principio de venire contra factum propio
De hecho existe jurisprudencia contradictoria respecto al alcance de la información al cliente,indefinición e incomprensión de su objeto, la nulidad de este tipo de productos financieros, e incluso se ha comentado ampliamente la variación que al respecto han supuesto las circulares del Banco de España,(Resoluciones de 22/12/09; 25/2;15/3; 12 y14/4 y 7 /6/10 en principio proclives a la defensa del cliente y exigentes con la práctica bancaria y ulteriormente más acordes con la idea de que ese cliente asume una operación de riesgo y que al abrigo de la protección del consumidor puede llegarse al resultado vicioso de que si la operación es favorable para el cliente se consolida y si es perjudicial puede acudir a la possible nulidad de la contratación del producto financiero.Siquiera en algún informe el mismo Banco de España aprecia la falta de transparencia en el clausulado, fundamentalmente falta de transperiencia en la comprobación de los cargos y coste de la la cancelación como ocurre en el informe de fecha 9/6/09. Significativas resultan las Resoluciones del Banco de España de 7/6/10 y 12/11/10 que consideran suficientes los anexos informativos que se proporcionan al cliente, siendo responsabilidad de estos su lectura atenta y detallada antes de la firma y pronunciándose por la bondad de que el banco no cuantifique el coste de la cancelación y de que no se ofrezca fórmulas de cálculo de la misma ,dada la fluctuación de los mercados, sin que tal circunstancia pueda ser considerada una mala práctica bancaria por lo que en esas ocasiones no cabe apreciar quebrantamiento de la normativa de transparencia y de las buenas prácticas y usos financieros Por ello en la mayoría de las ocasiones, las entidades financieras demandadas aluden a que no nos hallaríamos metidos en pleitos si los depósitos arrojaran beneficios o si los tipos de interés hubieren experimentado variaciones al alza ,en cuyo supuesto se invocaría la sacralidad de los contratos para el principio de respeto y conservación de contrato.
Por último hay que significar que en todo caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en supuestos como el presente por imputar la carga de la prueba u "onus probandi" del artículo 217 de la LEC a la entidad bancaria o personal financiero argumentando que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica de un ordenado empresario en defensa de los intereses del cliente..., aludiendo además a la creciente complejidad financiera que ponen al inversor en una especial relación de dependencia y confianza respecto a los profesionales del mercado de valores, cumpliendo citar la S T S 4/1 / 82 ;11/1/0 3 y 17/6/10 , línea jurisprudencial de la que se hace eco la pequeña jurisprudencia como las S A P de Valencia de 26/4 0 6, Pontevedra 189/10 o Girona de 18/2/11 entre otrasPartimos pues de una pequeña jurisprudencia contradictoria a la espera de que por la vía de c la casación se establezca una doctrina uniforme sobre la problemática planteada.Al parecer el Tribunal Supremo, partiendo de que la cuantía de las demandas relativas a los SWAPS sea el nocional o nominal en vez de las liquidaciones periódicas,ha admitido a trámite un recurso de casación que permitirá al Más Alto Tribunal establecer

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

jurisprudencia creando la tan conveniente doctrina jurisprudencial que dibuje definitivamente este instituto y sus consecuencias.
También se comprende en en ese grupo de productos bancarios de riesgo los denominados contratos bancarios de bonos auto- cancelables a los que el artículo 79 bis de la ley 24/88 califica como producto financiero complejo y que se comprenden en el grupo del los productos financieros ya estudiados como las SWAPS o las permutas financieras a que después se hará referencia . En lo esencial este producto también denominado se caracteriza por la ausencia de garantía del capital invertido ya que la rentabilidad del bono viene condicionada por la evolución de las acciones que constituyen el valor subyacente, fijándose como precio inicial los de cotización de dichas acciones en la fecha de inicio de contratación del producto ; y a partir de ahí se van fijando fechas de observación para cada uno los valores subyacentes, procediéndose a comparar la cotización inicial con la alcanzada en las diversas fechas; llegadas esas fechas de observación la cotización de las acciones determinan la amortización del bono más el pago de un cupón o la prórroga de la inversión hasta la siguiente fecha ;y en la última fecha de observación y siempre que no se haya dado la autocancelaciónción previa, la cotización de las acciones subyacentes determina el porcentaje de amortización del bono que además cuenta con el denominado colchón de garantía que significa que tomando como referencia el valor inicial, si la cotización no desciende por debajo de un determinado porcentaje, normalmente el 50 por ciento, el capital se recupera íntegramente. Por lo tanto la única posibilidad de que no se recupere la totalidad del capital se produce en el hipotético de que la acción que sirve de valor subyacente haya cotizado por al que la declaración de nulidad se retrotrae sino que propiamente debajo del 50 por ciento o aquel otro porcentaje que que señala el umbral que marca su valor inicial de cotización. Entre las bondades del producto se alude a que estas inversiones en bonos pasan por ser inversiones de menor riesgo que las inversiones directas en la bolsa por cuanto se invierte en compañías de gran nivel, acreditada solvencia y estabilidad bursátil, conocida esta característica con el anglicismo"blue chips", cuenta con el denominado colchón de garantía que asegurar la devolución del capital siempre que no se traspase el umbral negativo marcado en el bono, normalmente el 50 por ciento y se ha ponderado el alto rendimiento de esos bonos que en ocasiones han superado el 35 por ciento. Por supuesto es 1 inversión de riesgo pues a nadie se le escapa que el binomio inversión riesgo es consustancial a toda operación especulativa. Los detractores critican ese producto partiendo de un análisis socioeconómico en definitiva vienen a sostener que así las grandes compañías, valiéndose de los bancos como intermediarios, consiguen capitalizarse colocando su capital en pequeños inversores que soportan de esa forma las posibles evoluciones del mercado desplazando a ese pequeño inversor el riesgo que debía ser asumido por la compañía. Desde el punto de vista contractual aluden al tecnicismo que encubre tales productos difícilmente comprensibles para una persona no avezada en operaciones especulativas, aludiéndose a conceptos de tan dificultosa comprensió como,"equity","strike","perfomance","following"..., de suerte que el particular inversor que no puede alcanzar a entender la complejidad del producto, debe fiarse del consejo que le ofrece el empleado de la banca con quien tiene una relación de confianza y en ocasiones de auténtico asesoramiento en lo económico.
Precisamente esa condición de intermediario del banco explica que en muchas ocasiones la entidad financiera demandada que colocó el bono, que se extiende su condición de mera intermediaria sin que pueda revestírsele de las características de asesora pues en definitiva se limita a gestionar la orden de compra que ha dado al cliente. Por ende el banco carece de legitimación pasiva causa dado que no es el emisor o vendedor del bono cuya nulidad está el inversor demandante sino que no nos hallamos ante una compraventa sino meramente ante 1 intermediación en la compra por lo que los obligados por esa contratación del bono son las respectivas entidades titulares de las acciones que figuran como valores subyacentes y el

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

cliente, limitándose el banco a esa función de intermediación. Esta tesis ha sido sostenida por determinada jurisprudencia entre las que cabe reseñar las SAP madrid ,sec 19ª de 6/4/11 y 21/3/11 ;sec 25ª de 15/7/11 ,sec 13ªde 5/7/11 y 24/1/12 AP Málaga sec 4ª de 11/7/11. En ocasiones incluso se agita la dilatoria de falta de litis consorcio pasivo necesario por no llamar a esas empresas titulares de los denominados valores subyacentes al pleito, ya que en definitiva quien frustra las expectativas del cliente -demandante no es el banco intermedio en el producto sino las empresas titulares de los valores subyacentes.

Sin embargo, analizando en profundidad el asunto, el banco no opera como simple intermediario ya que no se trata de colocar una emisión de valores anunciada en la prensa y televisión y que el cliente conozca, acudiendo a su banco para comprar aquellas acciones o valores en cuyo supuesto ciertamente existe una labor de intermediación, limitándose el banco a cobrar la comisión por esa compraventa. Cierto es que tampoco opera como vinculado con 1 cliente con su cliente por una relación de asesoramiento o gestión de carteras a los alcances de la LMV que incorpora la directiva MiFID.. Su posición es hibriida pero finalmente trascendente. Es el banco quien recomienda el producto al cliente, lo que de por fuerza supone 1 implicación implicación en cuanto a la bondad del mismo, debiendo ese banco que recomienda la contratación, proceder a una explicación clara y exhaustiva de todos los riesgos de la operación y asumiendo la necesidad de efectuar los test de idoneidad o alternativamente de conveniencia a que se refiere el artículo 79 bis. 7 de la mencionada ley. Además de haber banco ofrecerlos que se han llamado supuestos o teatros posibles, comprendiendo tanto las hipótesis más favorables de la inversión, como las más desfavorables, incluida desde luego la posibilidad de pérdida íntegra del capital o menoscabo grave del mismo en supuesto de se alcance a la baja el umbral señalado en el contrato. Y esa información debe ser explicada al cliente y asegurarse el banco de que la misma le ha sido ofrecida, explicada convenientemente , entregado por los folletos pertinentes y recabando firma del cliente que garanticen la recepción de esa información, especie de consentimiento informado, que es necesario para obligar al consumidor por productos de riesgo especulativo como los bonos. cancelabeses que venimos estudiando.

Por supuesto y tras la crisis económica de alcance mundial sobradamente conocida, los inversores presentan demandas contra las entidades bancarias que colocan esos productos de riesgo por inobservancia de ese requisito de una información veraz, transparente y comprensible, entienden que su obligación venía afectada por un vicio grave y esencial en el consentimiento al desconocer el objeto de la contratación o, por mejor decir, las consecuencias que del mismo se derivaban, por lo que es ausencia del consentimiento conlleva la nulidad del contrato o alternativamente a causa de resolución por incumplimiento por parte del banco de las obligaciones legales que la normativa que impone en cuanto a su deber de información, siquiera en alguna ocasión se entiende que es infracción de la normativa acarrea la nulidad del contrato por ser contrario a norma imperativa.

Las entidades bancarias demandadas, partiendo del denominado principio de conservación del contrato (STS 21/4/0 4 y 9/10/0 6), sostienen de una parte que una irregularidad administrativa no conlleva por fuerza la nulidad o ineficacia del contrato a no ser que la misma norma contemple esa nulidad como efecto ineludible de la irregularidad conforme al artículo 6. 3.de nuestro Código civil y según glosan las STS de 26/4/95; 22/7/97; 13/5 80; 7/7/81 y 10/10/0 8 entre las más conocidas. Por lo tanto la infracción de las disposiciones de la L M V pueden dar lugar a sanciones administrativas ; pero no conllevan per se la nulidad del contrato en el sentido de ineficacia por cuanto debe dejar de producir efectos y consecuentemente procederse a la devolución de las mutuas prestaciones de las partes. Además añaden que no nos hallamos ante un supuesto de nulidad en el sentido de inexistencia del contrato por falta de sus elementos esenciales conforme al artículo 1303 del Código civil con el denominado efecto ex tunc por cuanto la situación se revierte al momento

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

anterior a la contratación, sino en todo caso ante un supuesto de anulabilidad por vicio del consentimiento que queda afectado por error en cuanto al objeto de contratación, recordando que la jurisprudencia interpretando el artículo 1266 del código civil exige que este error sea esencial y según constante jurisprudencia excusable, enfatizando que la existencia de ese error invalidante ha de ser apreciada con extraordinaria cautela y de forma excepcional en aras a la seguridad jurídica y al exacto cumplimiento de lo pactado, refiriéndose reiteradamente su excepcionalidad y su inexcusailidad según una jurisprudencia que arranca de la vieja S T S 4/1/1902 y sigue por las de 4/1/82, 14/2 , 29 / 3 y 7/5/ 94 , 30/ 9 / 99 , 12/7/0 2; 24/1/0 3 y 17/2 / 0 5.

De especial relevancia por lo que respecta incluso a la diferenciación entre una acción por nulidad basada en el error en el consentimiento y la vecina acción basada en el dolo omísivo por hurtarse información por parte del banco, resulta la reciente S T S 21/11/12. En la misma se advierte que el error vicio se produce cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea, lo que exigen que se muestre por quien afirma haber errado como suficientemente segura y no como un mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Circunstancias erróneamente representadas que pueden ser pasadas ,presentes o futuras ; pero en caso han de haber sido tomadas en consideración en el momento de la perfección, de la génesis de los contratos pues lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual pues si no es así se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas ,explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano, citando en ese sentido las S T S 8/ 1/ 62, 29 /12/ 78, 21/ 5/ 97 y 12/ 11/10.

Amparadas en esa argumentación entienden las entidades bancarias demandadas que con la información ofrecida por los empleados de la banca, partiendo de la contemplación del inversor como persona de conocimientos medio que debe ser consciente de que los productos de alta rentabilidad de por fuerza supone alto riesgo, reconduce la discusión a esa posibilidad de que el pretendido error no es esencial y desde luego podría ser salvado con la diligencia media exigible a cualquier inversor.

En sede anulababilidad por vicio del consentimiento, evidentemente excepcionan las entidades bancarias la caducidad de la acción pues sabido es que conforme al artículo 1301 del Código civil,la acción de nulidad sólo dura cuatro años que deben computarse desde la ejecución del mandato de compraventa ya que ese plazo cutríanual en el caso de error debe contarse a partir de la confirmación del contrato, es decir desde que se ejecuta la orden de compraventa del producto financiero, invocándose al respecto la S A P Zaragoza sección 4ª de 20/3/ 12 y últimamente la de 31/1/13 del mismo órgano judicial. Sin embargo esta tesis choca con el denominado requisito de la acción nata conforme al cual el cómputo para la caducidad o la prescripción a salvo expresa disposición que la establezca claramente el "díes a quo", deben computarse desde que se tiene o debe tenerse cabal conocimiento del motivo o causa que justifica el ejercicio de la acción o en palabras del artículo 1969 de nuestro Código civil desde el día en que pudieran ejercitarse ,lo que por fuerza no se produce hasta el momento en que el inversor, normalmente al consultar los estractos que le envía la entidad bancaria, advierte que el capital ha menguado de forma ostensible , máxime si esos estractos resultan oscuros y difícilmente comprensible. Además esta tesis de caducidad de la acción parte de entender la actuación del banco al colocar el producto bancario del bono auto cancelable como si se tratara de una mera compraventa o por mejor decir de una intermediación en esa compraventa ; sin embargo y como ha quedado explicado la actuación del banco va más allá de esa postura de mero favorecedor de manifestación de voluntades tendentes a la adquisición de un producto financiero, (empresas titulares de las acciones que se hacen valer como subyacentes y cliente inversor), sino que el banco es quién en definitiva

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

coloca el producto que adquiere el cliente; por así decirlo ese cliente compra el cesto al banco y no los mimbres de que está hecho el cesto a las empresas titulares de las acciones que actúan como valores subyacentes. Hace suya este juzgador la argumentación que se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo de 27/2 /97 y de la Audiencia Provincial de Baleares de 21/3/2011 que al pronunciarse sobre el cómputo del plazo previsto para el ejercicio de la acción hay que tener en cuenta que partiendo de la distinción entre perfección, consumación e incluso acortamiento de los contratos, tratándose de los de naturaleza sin alarmar la, hay que estar a la necesidad de cumplimiento recíproco de ambas partes con lo que no puede hacerse coincidir en 1 momento de adquisición o formalización del contrato de compraventa de las participaciones con el que sacó pues eso sería tanto como dejar en manos del banco contratante el cumplir o no con sus obligaciones de amortización único momento en el que se puede detectar el error padecido por el inversor, lo que sería contrario a elementales postulados de justicia ya que podría incluso tras el supuesto de que la primera amortización ocurrieron los 5 años y si resulta fallida para el inversor, el banco podría objetarle que su acción de nulidad contractual ha caducado

Para finalizar esta introducción sobre estos productos financieros que actualmente ocasionan tantos pleitos, preciso ess hace referencia a las denominadas "participaciones preferentes" , conocidas vulgarmente como "las preferentes". Se trata de un producto complejo y de carácter perpetuo ya que el emisor no tiene obligación desde el inicio de reembolsar el principal invertido por el titular de las preferentes, cuya remuneración está condicionada a la obtención de un beneficio a distribuir (el denominado beneficio distribuible) y existencia de recursos propios suficientes de conformidad con la normativa bancaria que resulte de aplicación en cada momento, en el entendido de que si en alguna fecha de las previstas para el pago de ese beneficio disimule no se abonaran las remuneraciones, los inversores pierden el derecho a recibir las remuneraciones no percibidas , asumiendo ese inversor el riesgo en supuestos extremos de insuficiencia patrimonial del emisor o del garante que podrá liquidar la emisión por umn valor inferior al de las participaciones preferentes con la consiguiente pérdida para sus titulares d,el principal invertido a la vez que se advierte de la posibilidad de que el inversor puede no vender con carácter inmediato sus preferentes ya que no existe garantía de que pueda producirse una negociación activa en el mercado, o incluso o incluso que aún admitidas a negociación no encuentre compradores , debiéndose significar también que el término preferente es equívoco pues no significa que los titulares de esas participaciones obstenten la condición de acreedores privilegiados ya que en el orden de prelaciones se sitúan únicamente por delante de las accionistas ordinarios. En definitiva se trata de un instrumento financiero por el que el inversor participa como partícipe preferente en el accionariado del emisor sometiéndose a los resultados de la marcha del negocio de la empresa emisora con referencia a los beneficios que esa empresa emisora pueda obtener en un momento dado prefijado como fecha de pago de la inversión, sin que dicha emisora asuma la obligación de garantizar esos beneficios o posibilitar la devolución del capital invertido. Normalmente esas características del producto suelen explicarse en la denominada ficha técnica o ficha del producto que las entidades bancarias entregan a quienes invierten en esas participaciones preferentes.

Las críticas que se efectúan a las preferentes magnifican las vertidas frente a los otros productos financieros estudiados pues se dice que de esta forma las grandes empresas valiéndose de la intermediación bancaria que aporta a sus clientes -inversores consiguen deriva del riesgo de su capital al pequeño inversor que participa a través de ese producto en un negocio sobre el que no obstenta control alguno y por lo tanto se desplaza a ese inversor el riesgo de la mala marcha de la empresa que ha conseguido capitalizarse con recursos ajenos a cambio exclusivamente de una participación para el supuesto de obtención de unos beneficios que de todas formas controla esa propia empresa emisora.

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

Además y por aplicación de la norma conforme a la realidad social del tiempo, es de significarse que recientemente es noticia que las entidades administrativas competentes han objetivado lo nocivo de ese producto financiero pues los inversores en preferentes han visto descapitalizarse su inversión por decisión administrativa hasta extremos que alcanzan el 100 por 100 de la misma o alternativamente un alto porcentaje, debiendo asumir el banco el valor residual fijado como precio de la preferente, que en todo paz caso implica grandes pérdidas para el inversor. En definitiva: si ese inversor respeta los términos del contrato, por decisión administrativa vinculante su inversión queda reducida prácticamente a la nada. Evidentemente también puede acudir al arbitraje o a los tribunales de justicia para pretender la nulidad, anulabilidad o revocación de la adquisición de ese producto por entender o bien que prestó consentimiento viciado por el error dada la falta de información suficiente o bien que el banco no cumplió debidamente con su deber de asesoramiento, particularmente en supuestos en que no se ha practicado el test de idoneidad o conveniencia conforme a la normativa MiFID, cuestionario por el que a través de cuatro preguntas se analiza el perfil de ese cliente minorista calificándolo de conveniente no conveniente, asumiendo el cliente la responsabilidad por la veracidad y exactitud de las contestaciones que efectúa, sirviendo servir de parámetro el informe de la Comisión Nacional de Valores (CNMV) sobre preguntas y respuestas sobre efectos prácticos de la nueva protección del inversor para los inversores minoristas conforme a las exigencias del indicado MIFID.

En este supuesto de preferente oponen las entidades bancarias demandadas de un lado su condición de meras intermediarias en la colocación de esas participaciones preferentes ,lo que aboca a que agiten la excepción de litis consorcio pasivo necesario para que sean llamadas las entidades emisoras de esas preferentes ; asimismo declinan toda responsabilidad al tratarse de una actuación de mera intermediación y no de asesoramiento financiero que además implica una retribución por parte del que recibe tal asesoramiento, por lo que su labor debe ser calificada de mera información ; excepcionan por supuesto también la caducidad de la acción por el transcurso del plazo de los cuatro años ya estudiado; suelen advertir que al cliente se le entrega un tríptico o folleto informativo en el que claramente se le advierte de que se trata de un producto de riesgo ya que es posible que incluso su resultado final sea inferior al nominal contratado y que llegadas las fechas de vencimiento para la obtención de beneficios ,éstos no se devenguen por la mala marcha de la empresa ; y muy en especial se advierte al inversor de las dificultades existentes para poder negociar ese producto en el mercado . Por lo tanto el cliente es informado de que está asumiendo una operación de alto riesgo que como contrapartida le procura interesantes beneficios conforme al conocido binomio mayor beneficio mayor riesgo .

Las" preferentes" ya han sido objeto de estudio por la jurisprudencia debiendo destacarse entre otras además de la citada S A P Baleares de 21/3/11, la de Asturias de 18 /2 y 16/ 2/ 11, Burgos de 10/11/10 , Valladolid de 10/11 / 0 9, Girona de 18/2/11 que se pronuncian en favor del inversor, no faltando otra línea jurisprudencial que partiendo de la idea recogida en la S T S de 25/9/06 de que aceptarse el error fundado en el desconocimiento por el inversor de la verdadera situación del emisor o notoriedad de la misma equivaldría a entender que deben ser anuladas anulan todas las operaciones de compraventa de acciones cuya cotización no se correspondía en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad en ese mismo momento, lo que conllevaría al caos en forma de sucesivas nulidades d de las operaciones bursátiles cada vez que una compañía entra en crisis, habiéndose de cantado por una solución favorable al banco que colocan las preferentes acogiendo alguna de las razones que han quedado expuestas entre otras la S A P Madrid sección 14ª del 31/7711., Zaragoza sección 5ª de 3/2/12 siguiendo la de 10/ 11/ 10, Valladolid de 20/2/ 12 o Valencia sección 7 ªde 2/6 0 7 referida al conocido caso de las Lheman Brothers entre otras.

Como resumen de este largo preámbulo, cabe concluir que, orillando la problemática de la

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

posible nulidad de las cláusulas contractuales por ser materia reservada a la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil, los juzgados ordinarios deben pronunciarse sobre la existencia del vicio invalidante del consentimiento o alternativamente incumplimiento de la obligación por el banco de las obligaciones que la normativa MiFID o con anterioridad la tuiitiva del inversor minorista impone a la entidad bancaria, siempre que más allá del incumplimiento de esas normas administrativas puedan tener trascendencia en el ámbito civil. Ni que decir tiene que resulta fundamental el estudio del perfil del inversor , la constatación del deber de información por parte del la entidad bancaria y su comprensión por el inversor - demandante y la actitud de éste a lo largo de la dialéctica contractual para salvar la posibilidad de confirmación contractual por ese inversor una vez comprendidas sus características y sus consecuencias.

Incluso desde el poder legislativo se trata de afrontar la situación creada por estos productos bancarios de alto riesgo como muestra el Real Decreto 24/12 de 31/8 de restructuración y resolución entidades de crédito por el que se reforma el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) a fin de que se estandarice el obligatorio folleto que proporcione información fundamental para ayudar a los inversores a la hora determinar si se deciden por invertir o no ee dichos valores, información que debe comprender la naturaleza y riesgos inherentes al emisor, valores que se les ofrecen a los inversores y si los mismos van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, insistiendo mucho en la descripción de los riesgos asociados y la adminisión a contratación del producto, todo ello de forma clara y comprensible. Incluso se están dictando órdenes ministeriales a fin de proceder a reintegro a los inversores de participaciones preferentes en que si bien dichos inversores deben asumir pérdidas que en ocasiones suponen la práctica totalidad del capital, también se distingue atendiendo fundamentalmente al perfil de ese inversor, lo que tanto quiere decir como que los poderes públicos han asumido la naturaleza especulativa por parte de los bancos que ofrecieron ese producto.

Por último hay que hacer referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo dictada con fecha 17/4 /2013, recurso 1826/10,resolución número 240/13 ,confirmando sentencia de los órganos inferiores que condenaban a la entidad bancaria a devolver la inversión realizada por el cliente en un producto bancario de riesgo, concretamente"hedges funds ", en cuyo fundamento de derecho noveno incide en la importancia del perfil general de riesgo del inversor por lo que en el supuesto de que deba calificarse a éste como conservador frente a la evaluación de moderado, arriesgado y muy arriesgado, lleva a concluir que este perfil conservador desaconseja la inversión de fondos con un plazo de liquidez largo o sin tal plazo de liquidez, máxime si se ofrecen pingües beneficios por lo que debe tener especial relevancia. Por lo que aun partiendo del causismo propio de esta materia, en los supuestos de inversores de perfil conservador la suscripción de un producto bancario caracterizado por su alto riesgo, máxime si ese inversor no han asumido la eventualidad de liquidez a largo plazo o sin en definitiva la obtención de pingües beneficios o el aseguramiento cuando menos de la restitución del capital le ha movido a la contratación, debe prosperar la acción ejercitada por error en el consentimiento sin que pueda atribuirse al caso fortuito , sin que deben incidir el hecho de que las autoridades supervisoras y las agencias de calificación no hayan detectado vi las consecuencias indeseadas que de esos productos resultaban y sin que ello sea motivo suficiente para la confirmación de este contrato aun en el supuesto de que ese inversor en un principio hubiera obtenido una remuneración, constatada desde luego la falta de adecuada información sobre el riesgo del fondo en cuestión.

SEGUNDO.- Descendiendo al caso que nos ocupa y valorando conjuntamente la prueba practicada cabe llegar a las siguientes conclusiones :

A) Los inversores y demandantes señores y

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

ofrecen el perfil típico del inversor particular y no profesional, nada avezado en cuestiones financieras y que por lo tanto depositaron su confianza en los empleados de la entidad bancaria con la que desde antiguo vienen trabajando. En concreto la esposa señora recibió como consecuencia del cierre de la empresa en que trabajaba una indemnización de 30.000 € (documentos 3 y 4 de la demanda). El esposo ,diplomado en ingeniería mecánica tampoco es persona experta en productos bancarios. Por lo tanto se hallaban en la eventualidad de invertir en forma segura esa suma percibida por vía de indemnización por cese empresarial que constituía la capitalización de años de trabajo de la señora demandante. En el presente caso además se da la circunstancia, indiciaria pero en cierto sentido significativa, de que probablemente no son ellos los que acuden a la entidad bancaria demandada CATALUNYA BANC, S.A. (antes CAIXA CATALUNYA) oficina de RUBI, sino que es una empleada de esa entidad quien dedicada profesionalmente a la captación y asesoramiento de clientes y en especial a la colocación de capitales irregulares como los adquiridos como consecuencia del juego, indemnizaciones empresariales u otros semejantes ,ofrece a los demandantes la posibilidad de colocar la indemnización percibida por la señora en un producto seguro que ofrece la ventaja de que en un principio el primer año renta el 7 por ciento y un interés cuando menos no inferior al 4 por ciento los sucesivos. Ha declarado como testigo la señora ., en su día gestora de CAIXA CATALUNYA. Si bien resultó poco significativa su declaración pues actualmente se halla en excedencia y no recordaba el caso concreto que nos entretiene, admitió que su labor era precisamente captar clientes y había la posibilidad de que efectivamente ofreciera las subordinadas a los demandantes . y . Cierto es que como acertadamente expuso la defensa de la demandada CATALUNYA BANC, S.A. , el banco no deja de ser un comerciante que tiene que buscar clientes y por ello no cabe demonizarlo. Pero precisamente esa actitud agresiva por así decirlo en la captación de clientes implica un mayor deber de veracidad y exigencias respecto del producto que se ofrece como conveniente para sacar partido a esta indemnización consecuencia del despido de la señora demandante .

B) El consentimiento prestado por los actores y para adquirir las subordinadas de la novena emisión de CAIXA de CATALUNYA debe considerarse nulo por falta de comprensión de las características esenciales del objeto adquirido, concretamente esas subordinadas que suponen un producto bancario de riesgo, cabiendo remitirse al documento número 5 de la demanda, explicaciones del Glosario Financiero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y argumentos contenidos en el fundamento de derecho primero de esta resolución. por lo demás y dada la abundancia de litigios de esta naturaleza que se vienen sucediendo en los juzgados, resulta sobradamente conocida la naturaleza de este producto que en lo fundamental se caracteriza por que no asegura el reintegro del capital sino que lo somete a las fluctuaciones del mercado secundario de valores, de suerte que si se encuentra comprador, el inversor puede desprenderse con mayor o menor sacrificio las ganancias de las subordinadas; pero de no encontrarse tal comprador, es evidente que debe estar a la parcialidad de los títulos y a su vencimiento que en el presente caso se remitía al 18/12/18 nos ante la posibilidad de que el emisor pudiera mortificar totalmente dicha misión a la par libre de gastos y comisiones a partir del 18/12/13. Por lo demás la naturaleza de su producto queda suficientemente perfilada en la nota de valores de la emisión que se adjunta con la demanda de documento número 6.

Ahora bien: en el supuesto de autos cobra especial trascendencia la declaración de los empleados de la demandada CATALUNYA BANC, S.A. señores , director de la oficina al tiempo de la contratación de las subordinadas aunque actualmente jubilado y del señor que desempeña hoy día la dirección de la oficina de de RUBI.Con una sinceridad que le honra el antiguo director Sr afirma sin ambages que manifestó a

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

los demandantes que "no hay problema para recuperar el dinero". Igualmente asegura que no les advirtió que " podían llegar a perder el dinero" ,a pesar de que era muy escrupuloso con ese tipo de productos lo que le llevaba a suponer que hizo el test de conveniencia aunque no lo recordaba. En su sentir, en absoluto mentía y engañaban los clientes pues en aquel momento en 48 horas se recuperaba el dinero invertido. Así pues el director de la banca donde se negocia la adquisición de las subordinadas, expresamente admite que confundió las expectativas del producto con la naturaleza intrínseca de ese producto. Efectivamente al tiempo de la contratación, 3/12/08, ciertamente no podía preverse aunque ya se anunciaba, este cataclismo económico que ha sobrevenido, siquiera en el año 2007 eran más que evidentes los primeros síntomas de esta gravísima crisis económica mundial. Pero lo que a nuestros efectos interesa y cobra especial trascendencia, es que los empleados de la demandada magnifican la seguridad de la inversión teniendo en cuenta las expectativas del momento; pero no advierten a los inversores y ahora demandantes y de los riesgos intrínsecos al producto que no supone una obligación de devolución de carácter inmediato hasta su lejano vencimiento para la entidad bancaria y que por lo tanto queda al albur de las veleidades del mercado secundario en que aquellos se negocian. Por lo tanto, cabe insistir, se confundió las expectativas actuales del producto con la naturaleza misma del producto. Y de buena fe sin duda alguna, esos empleados trasladan a los clientes y demandantes esa seguridad en la recuperación del capital invertido de los 30,000€ que constituyen el capital de la demandante como consecuencia de su pérdida del puesto laboral. Los actores y , que tan sólo son titulares de una cuenta corriente y de una tarjeta de crédito, por lo tanto claramente clientes minoristas, se fían de esas expectativas de seguridad de un producto que probablemente les ha sido ofrecido y recomendado por la gestora y testigos señora y por lo tanto en la creencia de que en cualquier momento podrán recuperar ese capital invertido, según les asegura el director señor , firman la orden de suscripción que se adjunta de documento número 3 con la demanda.

Pero hay más: el testigo y actual director de la oficina señor Negrin ,igualmente afirma que se posicionó ante los demandantes . y manifestándoles que "los 30.000 € estaban garantizados al 100 por ciento en cuanto a su devolución"; si bien ulteriormente les advierte que no podían rescatarlas porque se había cerrado el mercado de valores.

No puede darse por lo demás especial relevancia al documento que se adjunta de 19 en el que figura una nota manuscrita según la cual el capital está asegurado ya que el antiguo director señor negó categóricamente que fuera su letra ; y por lo tanto y al tratarse de documento en poder de la parte que lo hace valer, al no poderse fijar su autoría, no puede entenderse como prueba relevante que deviene por lo demás innecesaria ante las categóricas manifestaciones de los antedichos testigos.

Cumple añadir a lo expuesto que por lo demás el que el test de conveniencia que expresamente recomendaba el folleto informativo antedicho, no se practicó a la demandante señora que especialmente se negó a someterse a tal test, lo que indicaba una clara falta de comprensión del negocio en su globalidad pues de haber estado convencida totalmente de lo que firmaba, no hubiere tenido mayor inconveniente en someterse a dicho test de conveniencia. Muy probablemente la indicada señora delegó las responsabilidades en su esposo . Más allá de la discusión de si conforme a la normativa basta con hacer un test de conveniencia a uno de los titulares de la inversión conjunta o si es preciso efectuarlo separadamente, lo cierto es que decidida por la entidad bancaria la práctica de ese test de conveniencia, si el cliente se niega a pasarlo, en la opción de colocar el producto o entender que se trata de un cliente minorista y cuando menos conflictivo, debió decantarse por no finalizar la operación y ofrecer otros productos más

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

seguros a una persona despedida su trabajo y que evidentemente lo que deseaba era obtener un beneficio sin perder aquella indemnización, apareciendo como goloso esas subordinadas que el primer año garantizan nada menos que el 7 por ciento y en los sucesivos no baja del 4 por ciento; y lo que es esencial, en todo caso con la seguridad de recuperar el capital invertido.

Por lo dicho se evidencia un error esencial al prestar el consentimiento los inversores y a los que en todo momento se les informa por los empleados de CATALUNYA BANC, S.A., (más allá de la entrega del tríptico en que se describen de forma técnica y un tanto críptica para personas no avezadas en estas lides, las características de las subordinadas), que el capital es recuperable en todo momento al cien por ciento y que se trata de un producto totalmente seguro,manifestación que no sólo se ofrece en el momento de la adquisición de las subordinadas sino que incluso se mantiene dos años después cuando los síntomas de la grave crisis económica son más que evidentes e incluso ya han aparecido determinada reclamaciones contra esos productos financieros de alto riesgo que las entidades bancarias colocaron a los clientes en la época de bonanza económica, situación que ni tan siquiera es predicable al momento en que se formaliza la negociación de las subordinadas. Ni que decir tiene que por los empleados de la entidad bancaria se incumplió con la normativa que ha quedado expuesta y a la que se hace referencia en la demanda pues se proporcionó aun de buena fe una información totalmente sesgada que movió al error esencial en la adquisición de las subordinadas a los actores por lo que en principio su demanda debe prosperar , máxime si se tiene en cuenta que incluso iniciado el proceso de reclamaciones por los actores, por la oficina de referencia de rubí a través de su director se insistía en la probidad y seguridad de esas obligaciones subordinadas .

C) Sin embargo el suplico de la demanda deducida por los señores y . no puede ser acogido en su integridad. No cabe duda alguna de que debe condenarse a la demandada CATALUNYA BANC, S.A. a devolver a los actores la invertida suma por importe de 30.000 €. Ahora bien: partiendo de que nos hallamos ante un supuesto de nulidad con los efectos de la buena fe, debe significarse de forma muy especial d que A lo que los actores y prestaron su consentimiento y donde radica en lo esencial su error, es al hecho de que el producto que se les ofrecía, subordinadas, les garantizaba la devolución del capital. Pero no a la eventualidad de que ese capital asegurado, en un momento dado o como consecuencia de la operación a lo largo de su vigencia, finalmente no produjera rédito alguno. Si se entendiera que la actuación de los empleados de la demandada existió dolo, lo que no es el caso pues evidentemente en ningún momento ha anidado en la conciencia de sus empleados la posibilidad del fracaso que han supuesto finalmente la subordinadas, o incluso mala fe en la colocación, podrían derivarse los efectos de que ese deudor de mala fe debe soportar y que se reconducen al deber de devolver las prestaciones a la contraria de buena fe ,a la vez que ese deudor de mala fe pierde las contraprestaciones por él efectuadas. Pero no es el caso. Afirmada la nulidad de la operación, deben los litigantes devolverse sus recíprocas prestaciones pues de otra forma resultaría que la entidad demandada se ve obligada a la devolución del capital de los 30.000€ mientras que los actores y . seguirían en poder y posesión de esa subordinadas que vencerán en el año 2018 y que según el albur de una economía que nadie sabe por donde gira, podrían originar en ese futuro 2018 beneficios consecuencia de una recuperación económica , lo que conllevaría a un enriquecimiento injusto. Por la misma razón si asumieron la posibilidad de que ese capital invertido de 30.000€ no propiciara interés de ningún tipo, no pueden estar a lo cómodo y pretender adueñarse de las rentas producidos y además obtener la devolución de ese capital. Por lo tanto lo más ajustado a derecho es estimar la demanda condenando a la entidad bancaria demandada CATALUNYA BANC, S.A. a la devolución de los 30.000 €, suma de la que se

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

restarán los intereses que hayan sido pagados a dichos inversores y como consecuencia de la operación ; y desde luego con la necesidad de que por los indicado actores se proceda a la devolución con traslado de la titularidad de esas subordinadas a la demandada. Es de advertir que al efectuar esta condena a los actores (obligación de reintegrar la titularidad de las subordinadas a la demandada y de descontar los productos hasta la fecha percibidos como consecuencia de la inversión) no se incurre en incongruencia extra pepita pues si se lee detenidamente el último fáctico de la contestación, la demandada CATALUNYA BANC, S.A. ya avisa (para el supuesto de que se estime la demanda) de esa posibilidad de enriquecimiento injusto y por lo tanto si bien en el suplico solicita la integra desestimación de la demanda, para la eventualidad de que aquella se estime, advierte que las consecuencias de dicha estimación no debe arrastrar a que los actores se queden con las subordinadas como titulares y además hagan suyos los intereses percibidos por una operación cuya nulidad ellos mismos predican.

TERCERO.- Estimadas parcialmente las pretensiones de las partes y atendiendo al criterio del vencimiento objetivo que rige en la materia, a lo que en el presente caso debe añadirse la jurisprudencia no siempre pacífica que ha quedado expuesta, se dispondrá que cada contendiente y como actores y CATALUNYA BANC, S.A como demandada, abonen las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad conforme lo preceptuado en el artículo 394 de nuestra LEC

FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda deducida por y frente a CATALUNYA BANC, S.A. ; y en su consecuencia DECLARO la nulidad del contrato de fecha 3/12/08 para la adquisición de obligaciones subordinadas emisión 8ª que vincula a las partes ; y por lo tanto CONDENO a la demandada CATALUNYA BANC, S.A. que devuelva a los actores y el importe de 30.000 € con sus intereses desde la fecha de interpelación judicial ; por su parte los demandantes y deberán devolver a CATALUNYA BANC, S.A. la titularidad de las obligaciones subordinadas objeto del comentado contrato de 3/12/08 de que actualmente son titulares, así como cuantos productos hayan obtenido como consecuencia de esa operación, pudiendo las partes compensar respectivamente ambas cantidades si así lo creen conveniente o lo solicitan en ejecución de sentencia.

DISPONGO que cada contendiente y como demandantes y CATALUNYA BANC, S.A. en su condición de demandada, pechen con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad de las originadas en este primer grado.

Notifíquese esta resolución a los Srs. PEDRO MORATAL SENDRA y ANTONIO Mª DE ANZIZU FUREST , enterándoles que contra la presente, que no es firme, cabe formular recurso de apelación que deberá formularse ante este mismo Juzgado en término de los 20 días hábiles siguientes a su notificación, ilustrando las partes con la necesidad de su caso de los depósitos necesarios para la recurrir conforme a la nueva normativa emanada de la Ley 10/12 y R D L 3/13. Llévese la presente al Libro de Sentencias quedando debidamente testimoniada en las actuaciones y tómese oportuna nota en los Libros de Registro y soporte informático de este Órgano judicial.

Así por esta mi sentencia, a cuya publicación en forma se procederá, definitivamente

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

juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Se ha dado, leido y publicado la sentencia anterior por magistrado juez que la ha dictado, celebrando audiencia pública, el día . Doy fe.

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