

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº1
SABADELL
PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario 1422/012.

SENTENCIA 106/13

En Sabadell, a 27 de mayo de 2013.

Vistos por D^a. SOLEDAD CABEZAS FERNANDEZ , Juez titular en funciones de sustitución del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sabadell, los presentes autos de Juicio Ordinario de **Acción de nulidad** registrados con el número 1422/012; siendo las partes, como parte demandante Dña. [REDACTED] Y D. [REDACTED], en cuya representación actúa la Procuradora Sra. Carme Calvet y como demandada CATALUNYA BANC S.A., representada por la Procuradora Sra. Dolors Ribas, se procede a dictar la presente sentencia, en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de septiembre de 2012 tuvo entrada en este juzgado, procedente de reparto, escrito de demanda de juicio ordinario en el que la parte actora, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, solicitaba que se declare la nulidad, por error en el consentimiento y/o dolo del contrato de "orden de compra de deuda subordinada CX" suscrito entre las partes el 1 de junio de 2011, y se condene a la demandada a restituir a los actores la cifra de 100.000 euros depositada en el contrato de referencia, más los intereses legales desde el día 1 de junio de 2011 hasta su completo pago; subsidiariamente, que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil consistente en una venta asesorada de los instrumentos objeto de la demanda y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses concretados en la devolución a los actores de la suma de 100.000 euros más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución minorada en las rentas que lleguen a ser recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción y que se declare la titularidad de la demandada sobre los instrumentos objeto de litigio consolidando la propiedad sobre los mismos; subsidiariamente, que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión en una venta asesorada de valores y se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados equivalentes a la pérdida de valor de su inversión más los intereses legales desde la fecha

de interposición de la demanda minorando en las rentas que puedan ser recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción; subsidiariamente, que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como comisionista, asesor de inversiones y custodio y se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados equivalentes a la pérdida de valor de su inversión más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda; todo ello con imposición de las costas.

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite por Decreto de 17 de octubre de 2012, se dio traslado de la misma a la parte demandada, quien en fecha 12 de noviembre de 2012 presentó escrito de contestación y oposición, solicitando la desestimación de la demanda con imposición de costas a ésta.

TERCERO.- En fecha 19 de febrero de 2012 se celebró la audiencia previa, en la que no existió acuerdo entre las partes y las partes propusieron prueba, en los términos que constan en la correspondiente grabación.

En el acto del juicio, que tuvo lugar el pasado 23 de mayo del presente, se practicó la prueba propuesta y admitida por la Juzgadora, consistente en testificales. Tras la práctica de la prueba y tras la exposición por los Letrados de las conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acción ejercitada, planteamiento del debate en la instancia. Hechos controvertidos.

La actora ejercita, esencialmente, la acción de nulidad del contrato suscrito entre la Sra. [REDACTED] y la demandada en fecha 1 de junio de 2011 ("orden de compra de deuda subordinada") por error y/o dolo en el consentimiento, error imputable a un incumplimiento de la demandada de su deber legal de información y que recae sobre el alcance y contenido de las obligaciones y deberes que asumían los actores, incumplimiento total en el marco de la condición de consumidor de los actores y específica de usuario de servicios bancarios, de adquirente de instrumentos financieros. Alega, concretamente, que no fueron accesibles a los actores los riesgos asumidos y el contenido del contrato, ni con carácter previo ni tras la contratación, así como tampoco los momentos idóneos para la contratación de estos productos ni el importe de las pérdidas que se podría incurrir en caso de escenarios negativos. Alega que también se ha incumplido el requisito de la claridad, la concreción y sencillez en la redacción así como que la rentabilidad ofrecida a los actores no era equilibrada ni proporcionada en

relación con los riesgos asumidos por aquéllos. Sostiene que la demandada no se ha comportado con la diligencia y transparencia exigible ni ha mantenido adecuadamente informado a los actores, no ha realizado los tests de conveniencia e idoneidad del producto a los intereses de los clientes y se ha recolocado en una posición de claro conflicto de intereses con ellos. Sostiene, en esencia, que en el contrato no concurren los requisitos esenciales que exige el CC para poder apreciar su existencia, no concurre consentimiento al haber existido error. Incluso llega a afirmar que la omisión de información de la demandada puede ser calificada como dolo omisivo invalidante del consentimiento.

La parte demandada se opone. Sostiene, en esencia, que la pretensión de la actora va en contra de sus propios actos partiendo del tiempo transcurrido desde su suscripción, cobro de intereses, ausencia de reserva o salvedad sobre la compra. Refiere que los actores ya habían suscrito con anterioridad productos de inversión como pagarés de la entidad y bonos de la Generalitat, por lo que su perfil es el de entender las explicaciones del producto y el contenido del contrato que suscribieron y realizar consultas previas a la contratación. Alega que el perfil de los actores encuadraba perfectamente con este tipo de producto y que nadie le obligó a contratarlo. Sostiene que la demandada le facilitó a la actora la documentación necesaria para contratar y fue asesorada debidamente. Niegan cualquier incumplimiento contractual por la demandada así como la imposibilidad de calcular el supuesto daño o si va a existir.

Los hechos controvertidos del presente procedimiento, a pesar de que no quedaron explícitamente fijados en el acto de la audiencia previa, son claros, a saber: determinar si efectivamente existió error en el consentimiento por parte de la parte actora en la suscripción del contrato de obligaciones subordinadas derivado de la no información del producto por la demandada así como si dicho error es inevitable y esencial; en su caso, si existió dolo invalidante del consentimiento, y, subsidiariamente, los incumplimientos contractuales referidos por la actora.

SEGUNDO.- Normativa aplicable y Conclusiones a la luz de la prueba practicada.

Será bueno recordar que entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261CC, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del mismo Código , y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Como señala la SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2010, *"La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar*

adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros”.

Previo a analizar los elementos de fondo y determinar la procedencia de la pretensión esgrimida por la actora convendría analizar brevemente la naturaleza jurídica del producto financiero suscrito entre las partes y objeto de la presente controversia. Así, la deuda subordinada es un instrumento de renta fija emitido con características inferiores a las emisiones normales, principalmente porque su titular queda por detrás de todos acreedores comunes en preferencia de cobro (orden de prelación). En el caso de las entidades de crédito esta deuda es considerada, junto a las participaciones preferentes, un instrumento híbrido de capital, en el sentido de que cumple ciertos requisitos que lo asemejan parcialmente al capital ordinario de las entidades de crédito, y es computable como recursos propios de las entidades. La deuda subordinada, producto financiero suscrito entre las partes y objeto de litigio, es un producto MIFID, clasificado como producto complejo de riesgo medio, por lo que para su comercialización es preciso que el cliente realice el test de conveniencia, que tiene por objeto determinar si un producto complejo es adecuado al cliente en base a sus conocimientos y experiencia, de tal forma que se pueda concluir que el cliente comprende y asume los riesgos asociados a la operativa con dicho producto. Y en este sentido debe señalarse que las obligaciones subordinadas, como pone de relieve autorizada doctrina -Tapia Hermida-, constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el

profesor Sánchez Calero, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. La regulación de estas obligaciones la encontramos en la Ley 13/85. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce, como señala el profesor Sánchez Calero, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el *art. 913 del Código de Comercio*. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas.

Partiendo de lo expuesto, será necesario examinar si la entidad financiera demandada cumplió con las obligaciones de información al cliente que le impone la legislación vigente.

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del art.48.2 de la L.D.I.E.C 26/1988, de 29 de julio, que mencionaba 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, y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C .).

El art.79 de la L.M.V., 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 gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D 629/1993 concretó, aún más, 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 (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 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 cada operación conlleva" (art.5.3).

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores 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 (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; 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, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D 217/2008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Actualmente, como se ha dicho, el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 y s.s., y por los arts. 60 y s.s. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2001, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el R.D 1309/2005, de 4 de noviembre. Todas estas normas son el resultado de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) -Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004 ,Directiva 2006/73 de 10 de agosto de 2006 y Reglamento 1287/06 de 10 de agosto de 2006 , y este último, por el que se aplica la Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es aplicable directamente, aunque la legislación europea no hubiera sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se predica.

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.

En el supuesto de autos se trata de clientes minoristas, tal y como los propios testigos afirmaron, a los que la única información que consta explícitamente suministrada en la orden de compra (doc. Nº1 de la demanda) firmada por la entidad demandada y la actora Sra. [REDACTED] es la siguiente: que "a efectos de prelación de créditos de la entidad emisora la deuda subordinada se sitúa detrás de todos los acreedores comunes", sin que en dicho documento conste ninguna referencia a las características esenciales y riesgos concretos del producto contratado, constando como definición del perfil del producto "productos indicados para inversores que buscan la rentabilidad de la renta variable con un horizonte superior a tres años y que estén dispuestos a asumir disminuciones a corto plazo de la inversión y mayores volatilidades", definición que en modo alguno enumera ni refiere ante qué tipo de producto se encuentran los clientes (las características concretas) y qué riesgos específicos asumen. Aunque en la orden de compra fechada en fecha 1 de junio de 2011 se consigna la declaración del cliente de haber "recibido el resumen de políticas de CatalunyaCaixa" y declara el cliente estar de acuerdo así como hace constar que "conoce el significado y la trascendencia de la orden en todos sus términos", sin embargo debe tenerse en cuenta, como se señala en la *sentencia de la AP de las Islas Baleares, de 3-11-12*, a su vez referida por la reciente S AP de Oviedo, Sección 5ª, de 15 de marzo del presente, que con la legislación protectora de la parte contratante más débil se pretende garantizar el derecho de información al consumidor, al cliente bancario o como es el caso de autos al inversor minorista.

En este último punto, en la práctica se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades.

La inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e, información." Y ciertamente una expresión de lo que se dice puede hallarse en el *artículo 89.1 del 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, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de

recepción o conformidad con hechos ficticios"; precepto del que puede inferirse que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como literalmente expresa el texto legal.

Por todo ello habrá que entender que las declaraciones de ciencia o de "saber" generan una presunción de que la correspondencia con la realidad que indican es cierta, pero que ello no impide que dicha presunción quede desvirtuada si, mediante la pertinente actividad probatoria desplegada en el proceso, se demuestra que la correspondencia con la realidad es inexistente.

Asimismo, en el contrato de custodia y administración de valores aportado como doc. N°12 de la demanda, documento que si bien es aportado por los actores ni siquiera aparece firmado por ellos, tampoco se contiene ningún detalle del producto contratado ni de los riesgos concretos o específicos que se asumen por el cliente, sólo consta de forma genérica que "el uso de cuentas globales puede comportar la restricción temporal en la disponibilidad, deterioro del valor o pérdida de los instrumentos financieros propiedad del cliente o de los derechos derivados de estos instrumentos financieros como consecuencia de los riesgos específicos, legales y operacionales que en su caso se detallarán en un anexo al presente contrato", sin que figure ningún anexo al respecto.

Partiendo de lo expuesto, la información facilitada por escrito a los actores es totalmente insuficiente, deficiente y sesgada, sin que el doc. N°1 de la contestación a la demanda, folleto de emisión de obligaciones de deuda subordinada, conste en modo alguno haber sido facilitado a la actora ni antes (fase precontractual) ni durante la contratación.

La parte demandada sostiene que se realizó el correspondiente test de conveniencia, referido en el doc. N°1 de la demanda, llegando a afirmar el testigo Sr. Alberto Marsan, que el test MIFID fue firmado por la actora (por la Sra. ████████) y que se le entregó también un tríptico informativo. Incluso dicho testigo manifestó que guardan copia de dicho test, que lo tienen. Posteriormente, manifestó no recordar tener el "recibí" conforme se entregó a los actores dichos folletos informativos y no recordó tampoco el resultado del supuesto test MIFID realizado a la parte actora. También afirmó que él se limitó a informar a la Sra. ████████, a explicarle el producto, limitándose a hablar con ella una sola vez, correspondiendo la iniciativa en la contratación del producto a la entidad bancaria, sostuvo que informó a la Sra. ████████ de las características del producto, del tipo de interés, de que cotizaban en el mercado secundario, de que debía encontrarse comprador para obtener el dinero y que la venta no era inmediata, del riesgo de que en caso de quiebra de la entidad serían los penúltimos en cobrar, creyendo que entendía perfectamente la naturaleza y riesgos del producto. Pues bien, ni consta en la causa ningún "recibí" de folletos informativos o trípticos entregados supuestamente a la actora ni, a pesar de la referencia en el doc n°1 de la demanda a él, consta ningún test de conveniencia ni test MIFID, cuya realización era obligatoria en el presente caso y es, además, negada o rechazada por la actora, habiendo resultado extremadamente fácil y sencillo para la entidad demandada su aportación a la causa, en el caso de que realmente existan (principio de facilidad probatoria).

En definitiva, conforme a las reglas de la carga de la prueba del art.217LEC, correspondiéndole, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, la demandada no ha acreditado la facilitación de información adecuada y concreta a la actora, máxime cuando, a pesar de las manifestaciones esgrimidas por la demandada, tampoco consta que los actores dispongan de conocimientos específicos bancarios o financieros, por cuanto la Sra. [REDACTED] es ama de casa (extremo no discutido por los testigos) y el historial laboral del Sr. [REDACTED], quien también aparece como titular a pesar de no haber firmado el doc. N°1 de la demanda, tampoco evidencia que tenga esos conocimientos. De contrario se ha llegado a afirmar que el Sr. [REDACTED] ejercía un cargo directivo y es una persona con formación, aunque su historial laboral y finiquito (ciertamente alto como es de apreciar en el doc. N°3 de la demanda), únicos datos de que dispone la que resuelve, no denotan por si solos que tenga o posea conocimientos en esta materia. Asimismo, el historial o antecedentes bancarios de los actores tampoco evidencia ni acredita dichos conocimientos, por cuanto consta que habían contratado un contrato de cuenta corriente, un contrato de depósito estructurado con vencimiento a tres años y suscripción de valores con vencimiento a un año en los que aparece como perfil del producto “conservador” y como definición del perfil del producto “para inversores que quieren asumir pocos riesgos o con un plazo de inversión muy corto” y “para inversores que quieren aprovechar oportunidades pero asumiendo poco riesgo y sin demasiadas obligaciones en sus inversiones”. El historial descrito evidencia, además, un ánimo o intención de los actores de disponer a corto plazo del dinero invertido (lo cual casa bastante mal con el producto suscrito y objeto de controversia), lo que resulta totalmente compatible con las explicaciones ofrecidas sobre la existencia de una hija discapacitada que les obliga a tener siempre dinero disponible, extremo reconocido por el propio testigo Sr. Alberto Marsan, quien manifestó en la vista que los actores, por el problema de discapacidad de una de sus hijas, siempre querían productos de los que pudieran sacar dinero porque querían tener parte del dinero disponible, por lo que miraban vencimientos cercanos en los productos contratados.

La escasa e incompleta información suministrada a los actores, concretamente a la Sra. [REDACTED], implica que la declaración de conocimiento y entendimiento de lo que contrataban contenida en el referido doc. N°1 de la demanda sea, a criterio de la que resuelve, totalmente ficticia e irreal. Lo anterior unido al historial bancario de los actores y a su intención de contratar productos siempre con vencimientos cortos (por la discapacidad de la hija) me lleva a la convicción de que si la información suministrada hubiera sido total y transparente, si se hubieran realizado los tests de conveniencia oportunos y si la actora, en definitiva, hubiera sabido la naturaleza del producto bancario que estaba contratando (y en concreto la posibilidad de que la situación del mercado le impidiera obtener dinero a corto plazo) nunca hubiera contratado este tipo de producto, sin que el hecho de que durante 20 años no haya acontecido la situación de bloqueo de mercado existente en la actualidad y la supuesta inexistente falta de liquidez en el momento de suscripción pueda ser utilizado como una excusa o pretexto por la entidad bancaria, puesto que ésta era conoedora de los riesgos que entrañaba la deuda subordinada en lo que a su disponibilidad se refiere, y así lo debía haber informado a la actora, cosa que de la prueba practicada no consta que hiciera.

A mayor abundamiento, como principal entidad bancaria con la que trataban los actores, hecho admitido por el testigo Sr. Jose Antonio Pagan, y partiendo de la iniciativa en la contratación (de la entidad financiera) y del más que posible conflicto de intereses generado con la contratación a la vista de la naturaleza jurídica de la deuda subordinada, sin duda mayor deber de diligencia y transparencia incumbía a la demandada. A lo máximo a que podía aspirar la actora era a recibir intereses, que sólo recibió, según parece, unos 5-6 meses, encontrándose con el problema cuando descubrió por la prensa los peligros de su contrato y quiso recuperar su dinero cuando el bloqueo existente en la actualidad se lo impidió.

Y si esto es así, se dan a juicio de esta Juzgadora las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26 de junio de 2000: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias de 14 y 18 de febrero de 1994 , y de 11 de mayo de 1998). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. de 4 de enero de 1982 y 28 de septiembre de 1986)." En el presente caso, el error concurre, ya que recae sobre las características esenciales del producto contratado (sus riesgos y, esencialmente, sobre la posibilidad de no disponibilidad inmediata del dinero invertido) y es excusable, por cuanto no consta que los actores tuvieran en el momento de la contratación especiales conocimientos bancarios, recayendo sobre la entidad demandada el deber de información y transparencia.

La consecuencia de todo lo expuesto es que el contrato atacado por la actora debe declararse nulo, de acuerdo con el art.1300 y ss CC. Y la consecuencia lógica de ello (art.1303CC) es la restitución recíproca por los contratantes de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, es decir, y concretamente, procede la devolución al actor de las cantidades por él entregadas al Banco demandado (100.000 euros).

Se estima, por todo lo expuesto, la demanda.

TERCERO.- Intereses y Costas.

Respecto de los intereses, los reclama la actora desde el 1 de junio de 2011,

aunque procede según el art. 1.100, 1.101, 1.107 y 1.108CC, des de la reclamación judicial, a saber, desde la fecha de interposición de la demanda, inicio de su devengo.

De acuerdo con el criterio del art.394.2 LEC, al estimarse sustancialmente la demanda procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación,

FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Carme Calvet en nombre de Dña. [REDACTED] Y D. [REDACTED] contra CATALUNYA BANC S.A. , debo:

1º. Declarar la nulidad del contrato suscrito por las partes el 1 de junio de 2011 de "orden de compra de deuda subordinada cx" con restitución recíproca entre las partes de las cosas que hubieses sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses; con devolución al actor de las cantidades entregadas a la demandada en su virtud (100.000 euros), más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda.

2º. Imponer las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra ella cabe interponer **recurso de apelación** en el plazo de 20 días en este mismo Juzgado. Para ello será requisito indispensable el previo depósito de la cifra de 50 euros en la cuenta de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Juez que la suscribe estando celebrando Audiencia Publica en el día de su fecha, Doy fe.