Rafael Alario Mont	
Referencia:	29521
F. Notificación:	25/07/13
F. Resolución:	23/07/13

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 27
VALENCIA

Av. PROFESOR LOPEZ PIÑERO (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14ª-5ª Dcha (zona AZUL) (antigua Avd.Del Saler)
TELÉFONO: 96-192.90.37 **FAX:** 96-192.93.37

N.I.G.: **46250-42-2-2012-0067408**

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 002030/2012

SENTENCIA Nº 000127/2013

MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª Mª ANGELES BARONA ARNAL
Lugar: VALENCIA
Fecha: veintitrés de julio de dos mil trece.

PARTE DEMANDANTE:
Abogado:
Procurador: ALARIO MONT, RAFAEL FRANCISCO

PARTE DEMANDADA CATALUNYA BANC SA
Abogado:
Procurador: BADIAS BASTIDA, EVA

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios.

Vistos por Dª. MARIA ANGELES BARONA ARNAL, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 2030/12, seguidos ante este Juzgado a instancia del Procurador D. Rafael Francisco Alario Mont en nombre y representación de Dª y con la dirección del Letrado D. Alberto Aliaga Ara contra la entidad CATALUNYA BANC SA representada por la Procuradora Dª Eva Badias Bastida y con la dirección del Letrado D. Carlos García de la Calle, sobre responsabilidad por deficiente actuación de la entidad financiera, se ha dictado la presente resolución, con fundamento en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador D. Rafael Francisco Alario Mont en nombre y representación de se presento demanda de juicio ordinario contra la entidad CATALUNYA BANC SA, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: a).- La responsabilidad civil de la demandada CATALUNYA BANC por la deficiente actuación de la

entidad financiera, cifrando el daño en la cantidad que resulte según lo especificado en el hecho décimo de la demanda y condenando a la entidad demandada al pago de la cantidad resultante; b).- Subsidiariamente, y para el improbable caso de que sea desestimada la petición anterior, la nulidad de los contratos que se refieren a los productos relacionados en el hecho cuarto de la demanda, por vicio del consentimiento, declarando la restitución recíproca de acuerdo con lo especificado en el hecho undécimo de la demanda y condenando a la entidad demandada al pago de la cantidad resultante y C).- En todo caso, la condena a la demandada al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y la conteste.

Dentro del término concedido compareció la Procuradora Dª Eva Badias Bastida en nombre y representación de la entidad demandada, personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el cual tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideraba aplicables terminaba suplicando que tras los trámites procesales oportunos se dictara sentencia absolviendo al demandado de todas las pretensiones contenidas en la demanda con expresa condena en costas de la parte actora.

Y dictándose resolución por la que se tuvo por personado al citado Procurador en la representación que acredita y por contestada la demanda citando a las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio para el día y la hora que consta.

TERCERO.- Siendo el día y hora señalados comparecen las partes debidamente representadas y asistidas para la celebración de la audiencia previa. Manifestada por las partes la subsistencia de litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo se le concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Quedando en tal acto subsanado el defecto legal en el modo de proponer la demanda y solicitado por las partes el recibimiento del pleito a prueba se acordó el mismo proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas.

Señalada fecha para la celebración del juicio el día y hora que constan, quedaron debidamente citadas las partes.

CUARTO.- Siendo el día y hora señalada para la celebración del juicio comparecieron las partes debidamente representadas, procediéndose a la celebración de las pruebas admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que consta en autos. Tras ello se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora del presente procedimiento se ejercita acción en solicitud de que se declare la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y que relaciona en la demanda, pretensión esta que en trámite de conclusiones definitivas aclaró que era la principalmente deducida y ello en base a los siguientes hechos:

1) es una mujer viuda de avanzada edad (77 años) , sin estudios ni formación, siendo ama de casa y habiendo ahorrado durante toda la vida para crear un patrimonio que legar a sus hijos. Y desde el inicio confiaron en una única entidad bancaria, anteriormente conocida como CATALUNYA CAIXA , la cual les proporcionaba atención y confianza, depositando en ella todos los ahorros e ingresos. Tanto la actora como su fallecido esposo han sido clientes de la sucursal desde el principio y siendo plena la confianza y por ello era impensable que le estuvieran recomendando productos financieros que no fueran adecuados para

ella.

2) La información que recibió se realizo de forma verbal y limitándose a firmar los papeles que le presentaba el banco, pues tenía confianza ciega en los empleados de la sucursal y se fió en todo momento de las recomendaciones del personal de la caja y suscribió los productos porque así se lo aconsejaron.

3) carece de conocimientos en materia financiera y siempre ha contratado depósitos a plazo fijo que generaban unos intereses anuales y recuperando todo el capital invertido al vencimiento del plazo y en todo momento la intención era la de invertir sus ahorros con disponibilidad de los mismos en un plazo razonable y a un interés lo más satisfactorio posible.

4) A partir del año 2003, la demandada empezó a recomendar a los actores unos productos atractivos con una rentabilidad algo mayor al que da un plazo fijo y sin que en ningún momento se les mencionara el riesgo que este tipo de producto financiero conllevaba y entre los cuales está la pérdida total del capital invertido. Existió pues un engaño en cuanto al vencimiento y a la volatilidad de los productos contratados por parte de la entidad y los productos contratados son los siguientes:

1.- Participaciones Preferentes: 21 títulos adquiridos el 2-7-2003. Nominal: 21.000 €.
2.- Participaciones Preferentes: 3 títulos adquiridos el 4-7-2003. Nominal: 3000 €.
3.- Participaciones Preferentes: 18 títulos adquiridos el 6-2-06. Nominal: 18.000 €.
4.- Participaciones Preferentes: 6 títulos adquiridos el 28-1-08 Nominal: 6000 €.
5.- Participaciones Preferentes: 6 títulos adquiridos el 22-7-2008. Nominal: 6000 €.
6.- Participaciones Preferentes: 12 títulos adquiridos el 21-10-08 . Nominal: 12000€.
7.- Participaciones Preferentes: 2 títulos adquiridos el 5-10-10. Nominal: 2000 €.

Y sobre dichas adquisiciones se realizaron con fecha 22-2-2006 la venta de 3 títulos por importe de 3000 € y el 5-10-2006 15 títulos por un nominal de 15.000 €, por lo que el total títulos:50 y el total nominal: 50.000 €En las órdenes de compra de los años 2006 y 2008, las participaciones preferentes venían definidas como " PERFIL PRODUCTO: CONSERVADOR" y en cambio en la orden de compra correspondiente al año 2010 viene definida como " PERFIL PRODUCTO: AGRESIVO", asimismo en las órdenes de compra correspondientes a los años 2006 y 2008, definen el perfil del producto como " productos indicados para inversores que quieren asumir pocos riesgos o con un plazo de inversión muy corto" y por el contrario el mismo producto contratado en el 2010 se define como " productos indicados para inversores que buscan la rentabilidad de la renta variable con un horizonte superior a tres años y estén dispuestos a asumir disminuciones a corto plazo de la inversión y mayores volatilidades". La oferta de esos productos partió de la propia caja, y en ningún momento recibió otro asesoramiento distinto del facilitado por los empleados de la sucursal, estando en la creencia la actora que eran productos de bajo riesgo, de renta fija y con un plazo muy corto. En definitiva se recomienda un producto considerado por las autoridades bancarias, como de alto riesgo, sin haber informado al cliente previamente a la contratación que existía peligro de pérdida del dinero, por ser acciones preferentes y subordinadas perpetuas y productos vinculados a una retribución y a la obtención de beneficios de la entidad que la emite, con una duración perpetua, siendo posible su cancelación por la voluntad emisora, así como por el alto coste de cancelación en su caso e incluso la imposibilidad de cancelación misma con pérdida del importe suscrito inicialmente y estando vinculado el valor de la inversión a la solvencia del emisor. Producto pues de alto riesgo y debiendo la entidad bancaria hacer un estudio previo del cliente, advirtiendo expresamente de los riesgos e incluso recomendando su no adquisición caso de que el producto no se adecuara a su perfil y ha de encuadrarse en " clientes particulares", es decir inversores con nula capacidad de negociación y conocimientos y experiencia limitada, teniendo pues la máxima protección.

5)La entidad demandada omitió el deber de información conforme a lo dispuesto en el art 79 bis de la ley 24/1988 de 28 de julio sobre Mercado de Valores, así como el RD 629/1993 de 3 de mayo sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, vigente en la fecha de los hechos.

Frente a tal pretensión se opone la parte demandada que con carácter previo sostiene la caducidad de la acción planteada y ello al considerar que la acción de nulidad conforme al art 1300 y ss CC caduca a los cuatro años. Asimismo por lo que respecta al fondo afirma que en modo alguno se ha infringido la normativa sectorial, pues se le facilitó a la actora toda la información necesaria para la contratación de los productos objeto del procedimiento y en todo caso la vulneración de la normativa sectorial relativa al deber de información no puede comportar por sí sola la exigencia de responsabilidad a la entidad, que recibió la orden de compra de un determinado producto financiero y dicha obligación fue plenamente cumplida y la actora ha venido percibiendo los intereses correspondientes y en todo caso existen actos propios que suponen una clara confirmación del contrato y que extinguen la acción de nulidad y así durante más de diez años la entidad facilitó a los actores la oportuna información fiscal, que sería incluida en sus correspondientes declaraciones tributarias de IRPF y Patrimonio, circunstancias que no pueden pasar desapercibidas a no ser que considere que la inversión le resulta interesante y en todas ellas se expresa que son participaciones preferentes y deuda subordinada y no se dice que sean depósitos.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la caducidad de la acción que se sostiene por la entidad demandada ha de traerse a colación la sentencia de la AP de Valencia (sección novena) de 5-3-2013 que sostiene que: " la sentencia de esta Sala de 9-7-12 dictada en rollo 248/12, ha venido a matizar la doctrina precedente de esta misma Sección, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos el contrato en que se afirmaba... la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente, de la finalización de los efectos del contrato. Decimos ello sin perjuicio, obviamente, de la valoración que en propio hecho de la " finalización" del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merezcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual, en relación con la pretensión de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, lo que evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo. Se indicaba expresamente en dicha resolución que: " ... la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC) - sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010, tal y como pretende la parte apelante- y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que el legal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos - supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC- respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006(Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, " concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de

plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 , y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992, 08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997y 20 de octubre de 1999). .../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civilpara los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disentida, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civilque en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil."

Aplicando las anteriores consideraciones jurídicas al caso de autos es necesario concluir en la desestimación de la excepción opuesta.

TERCERO.- Entrando pues a examinar la cuestión de fondo suscitada conviene comenzar recordando que, según la redacción de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores vigente a la fecha de celebración de alguna de las ordenes de compra objeto del procedimientos (anterior a la reforma que introdujo la Ley 47/07, que traspuso las Directivas Comunitarias de Mercados Financieros -Directivas MIFID-), y, en concreto, su art. 79, la empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deben, entre otros principios y requisitos a los que han de atenerse en su actuación:

a. Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b. Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y,

en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c. Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios,

d. Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e. Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f. Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g. Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h. Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Además, hemos de tener en cuenta que, a la fecha de las iniciales ordenes de compra, también se encontraba vigente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (vigente hasta el 17 de febrero de 2008, fecha de entrada en vigor 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 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre,), en cuyo ANEXO, se recoge el "Código general de conducta de los mercado" de valores" (aplicable por referencia del art 2) y en cuyo art 5 se establecía que "1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.". Además, el artículo 14 del precitado Real Decreto 629/1993regula los "Contratos tipo" estableciendo que "2. Los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se

establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda."

Resulta sencillo, pues, llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tienen como objetivo el ser extremadamente exhaustivo sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos. El cliente tiene que ser rigurosamente informado, y así de deriva de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril del 2004, teniendo como objetivo proteger a ultranza al inversor del "oscuro mercado financiero".

Igualmente y atendida la fecha de las sucesivas ordenes de compra estaba ya en vigor la Ley 47/2007 de 19 de diciembre , por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) 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, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financieras y aquellos objetivos . Así el art. 79, bis LMV señala que:

" 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta ; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible

cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;

ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;

iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;

ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de esta Ley;

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del art. 70 y en el art. 70 ter.1.d).".

Dicho deber de información se ha reforzado todavía más, sobre todo en lo que se refiere a clientes minoristas, con el RD 217/2008 de 15 de febrero (en vigor desde 17 de febrero de 2008), el cual traspone, entre otras, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre régimen jurídico

de las empresas de servicios de inversión y exige:

- Art 60: suficiencia de la información. Si la información contiene datos sobre resultados futuros su apartado 5 impone que debe basarse en supuestos razonables respaldados por datos objetivos.
- Art 62: antelación suficiente en su práctica.
- Art 64: descripción general de la naturaleza y riesgos de los productos financieros. La descripción debe incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherente a ese instrumento de una manera suficientemente detallada para permitir al cliente tomar decisiones de inversión fundadas.
- Art 72 y ss: regulación de la evaluación de idoneidad y de conveniencia:

CAPÍTULO III. EVALUACIÓN DE LA IDONEIDAD Y DE LA CONVENIENCIA

Artículo 72. Evaluación de la idoneidad

A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del art. 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

Artículo 73. Evaluación de la conveniencia

A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos

necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Artículo 74. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia

1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.

3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta.

Resulta sencillo, pues, llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tienen como objetivo el ser extremadamente exhaustivo sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos. El cliente tiene que ser rigurosamente informado, y así de deriva de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril del 2004, teniendo como objetivo proteger a ultranza al inversor del "oscuro mercado financiero".

CUARTO.- A la vista de la normativa expuesta y a la hora de entrar a analizar la naturaleza y características del producto contratado, necesariamente ha de sostenerse que se trata de un producto financiero complejo porque no aparece en la lista legal explicita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres requisitos anteriormente expuestos y de alto riesgo.

Y así respecto a la naturaleza jurídica y características de dicho producto se ha dicho que participan de la naturaleza jurídica de la obligación o valor de deuda en tanto su regulación legal las califica como "instrumentos de deuda". Partiendo de dicha premisa, encajarían en la naturaleza propia de las obligaciones ex Art. 401 y ss. LSC ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor.

Ahora bien, atendiendo a su función financiera y su regulación legal, su naturaleza jurídica resulta mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos; a saber:Por lo que corresponde a su función financiera: 1.- computan como recursos propios de la entidad de crédito emisora.;2.- están sujetas de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión.;3.- Su nominal no es una deuda del emisor en tanto no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora; 4.- el dinero captado a través de ellas está invertido en su totalidad y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que quede directamente afecto a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable.

Todo ello comporta un tratamiento jurídico y contable que la alejan del propio de los valores de deuda en tanto éstos incorporan una deuda jurídicamente real del emisor y tienen el tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo.

Por lo que corresponde a su regulación legal, la participación preferente responde a la naturaleza de clase especial de acción cuya fuente de regulación es la Ley pero es una acción

desvirtuada porque resultan en ella excluidos legalmente derechos propios del accionista.

Lo expuesto lo confirma la referida Directiva 209/111/CE la cual no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino que, en un ejercicio de indefinición, la califica como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. Ello excluye, por tanto, su tratamiento como pasivo de la misma, que es lo que sugiere su calificación legal como instrumento de deuda.

La naturaleza accionarial de la participación preferente deriva de las siguientes razones según la referida Disposición Adicional 2 Ley 13/1985:

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

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

La liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, bien porque el pago de la misma acarrease que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Por ello, la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los miedosos mercados de valores es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido. En otros términos, el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad. Su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad.

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

Partiendo de todo lo expuesto necesariamente ha de concluirse en que la participación preferente es un valor de máximo riesgo. A diferencia de las acciones ordinarias, las participaciones preferentes es un valor de capital cautivo al no ostentar derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora que pudiera permitir a su titular participar en el control del riesgo

asumido. Todavía más, ni carecen del derecho a la suscripción preferente respecto de futuras emisiones, ni derecho de participación en las ganancias repartible del emisor, aunque sí participa en sus pérdidas.

Respecto a estos productos ya la CNMV desde el inicio de su comercialización advertía de esas características y de que son un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad pero, al mismo tiempo, también pérdidas en el capital invertido; son un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas.

Y dada pues la calificación del producto financiero , se exige que la entidad de crédito que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos cumpla de forma escrupulosa su obligación de una información imparcial, clara y no engañosa.

QUINTO.- Determinado pues el marco legal aplicable, el incumplimiento de dicha normativa sectorial puede producir un consentimiento no informado y por lo tanto viciado por concurrir error. Y así la SAP de Valencia de 12-7-2012, con cita de la de 6/10/2010 (Rollo 366/2010), en el apartado relativo a "Efectos de la infracción del deber de información" explica: "No dispone tal normativa los efectos de la infracción civil de tales deberes pero como esta Sala ya fijo en la sentencia de 16/11/2011 (Rollo 439/2011) tal infracción a parte de la posible sanción administrativa, es indudable que, en cuanto signifique omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no este "con conocimiento de causa" exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato."

Por último habrá de precisarse que consecuencia de todo ello y en resumidas cuentas se exige a la entidad que lo comercializa, desplegar un actividad informativa previa para que la clientela lo comprenda y entienda, para que sepa lo que representa, cómo funciona y sus riesgos y solamente cuando se adquiere conciencia de ello, esto es su conocimiento, decidir si se contrata o no... pues dado que nos encontramos ante un deber legal impuesto a un profesional (entidad bancaria) corresponde dada la facilidad probatoria (art 217 -7 de la Lec) , so pena de imponer a una parte la carga de probar un hecho negativo, a la entidad bancaria acreditar su cumplimiento en los términos fijados por el legislador, en clara protección del cliente financiero o inversor. Y así y tal y como sostiene la sección novena de la AP de Valencia en sentencia de 5-3-2013 " es en la entidad bancaria, en la que recae la carga probatoria relativa a la información adecuada, transparente y veraz...".

Y dado que se insta la nulidad por vicio de consentimiento y según reiterada jurisprudencia para que el error como vicio de consentimiento sea invalidante conforme al art 1265, 1º y al 1266 del C. Civil es preciso que:

a) sea esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen y precisamente de la que de manera primordial motivo la celebración del negocio atendida la finalidad de este , esto es, porque recaiga, sin duda, sobre lo que el siguiente articulo del mismo cuerpo legal denomina "sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato".

b) se produzca en el momento de la perfección del contrato;

c) no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado por el empleo por parte de quien lo ha sufrido de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, siendo que de acuerdo con los postulados de la buena fe este requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por este declarante .

Pero también es jurisprudencia consolidada la que determina que, como la excusabilidad

del error es una medida de protección a la otra parte contratante y sus intereses negociales, esta no puede beneficiar a quien precisamente por el incumplimiento de deberes que a ella le incumben (deber legal de información transparente, clara y precisa de la entidad bancaria) ha producido la equivocación de la otra parte, es decir cuando el error es fruto de la negligencia de la parte que no lo sufre al incumplir un deber legal.

Por último hay que hacer referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo dictada con fecha 17/4 /2013 que 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.

SEXTO.- Y partiendo de tales premisas y a la vista del resultado que arroja el conjunto de la prueba practicada habrá de concluirse que la entidad demandada no ha acreditado que cumpliera el deber de información que le incumbía y por lo tanto el consentimiento de la demandante para la compra de tales productos fue prestado por error. Así respecto a las circunstancias personales de la demandante son totalmente reveladoras de su condición de cliente minorista, con nulos conocimientos financieros y además su condición de consumidora le hace acreedora de la máxima protección. Y así tal y como ha quedado acreditado se trata de una persona de avanzada edad , ama de casa y con estudios básicos y que sus ingresos se limitan a la pensión que percibe de 550 € mensuales y con tales antecedentes resulta totalmente verosimil el que la adquisición del producto objeto de autos lo fuera no por iniciativa propia sino siguiendo las recomendaciones del personal de la oficina bancaria en la que tenía depositados sus ahorros y confiando en la información verbal recibida , sucursal con la que estaban más de 40 años y con una confianza ciega y total en el personal que allí trabajaba y así tal y como se acredito en el acto de la vista a través de las testificales practicadas son muy reveladoras las circunstancias concurrentes y que determinan que en ese concreto momento se alcance a entrever la verdadera naturaleza del producto contratado y así en el acto de la vista los hijos de la actora fueron coincidentes no sólo al referir las circunstancias en las que normalmente se producía la relación con la sucursal bancaria y de como son conocedores de la imposibilidad de " poder sacar el dinero...".Y a pesar de no haber contado en autos con la declaración de la empleada de la demandada que comercializó el producto, no es razonable que un cliente con el perfil de la actora, se decida por si misma y libremente, sin que se le ofrezca por la entidad, a adquirir un producto con el que asume posiciones inversoras de riesgo máximo que, incluso, podrían implicar la pérdida de su dinero, teniendo en cuenta la conceptuación de las participaciones preferentes. Y lo cierto es que no se ha aportado por la demandada documental que refleje una información adecuada y suficiente a la cliente sobre las características y el riesgo del producto contratado, o que permita valorar la información que poseía y calibrar si , efectivamente la opción de contratación se hallaba sustentada en el cumplimiento de aquella obligación, más bien todo lo contrario pues el contenido que se incluye en las propias ordenes de compra en los años iniciales y posteriormente ya en el 2010 son totalmente contradictorias. Téngase en cuenta que la obligación de informar es activa y por lo tanto se ha de alertar por el banco al cliente sobre el riesgo

del producto y si es adecuado a su perfil, conocer su situación económica, su experiencia financiera, sus objetivos para poderle recomendar el producto adecuado, no basta con que las características del producto se puedan consultar por internet, no siendo razonable pensar que este cliente, por su cultura financiera, leyera la web de la CNMV donde esta publicado el folleto de emisión correspondiente, ni con trasladar al cliente la carga de realizar preguntas o solicitar la información o aclaraciones respecto de lo que considerase necesario. Así pues ha de reiterarse que la falta de la adecuada acreditación de que se ha suministrado una información clara, adecuada, precisa y suficiente, permite inferir que el cliente no se ha podido formar una idea precisa de los riesgos reales del producto, de tal manera que cuando se alega la existencia de error , ha de ser la entidad financiera a la que pruebe que suministró la completa, precisa e individualizada información, con la entrega documental correspondiente y la realización de los test preceptivos. Y no consta que se entregará a la actora, ni el folleto, ni la ficha explicativa, ni se le sometió a test alguno por lo que en el momento de emitirse la orden de compra no estaba en condiciones de conocer las características del producto adquirido y ello por la ausencia de suficiente información por parte de la entidad demandada al respecto.

En definitiva,la prueba practicada pone de manifiesto que cuando la hoy actora prestó su consentimiento para la compra del producto, dicho consentimiento se hallaba viciado al existir una abierta divergencia entre aquello para lo que prestó su consentimiento y lo que realmente se quería, siendo tal divergencia ocasionada por una causa no imputable al prestador del consentimiento, que no tenía conocimiento adecuado sobre los riesgos que asumía con su adquisición y por lo tanto se prestó un consentimiento viciado por error, al desconocer o no comprender suficientemente por no ser informado adecuadamente los elementos esenciales del producto y sus riesgos. Y en modo alguno puede entenderse convalidado el negocio por los actos propios ya que la percepción de los intereses sin protesta alguna hasta la fecha en que se toma conciencia de la autentica naturaleza del producto contratado es lógico ya que el cliente no alcanza hasta ese momento a percibir el error en el que ha incurrido y no desprendiéndose de la información bancaria y fiscal que se le remitía para la declaración del IRPF los riesgos.

Por todo ello y en aplicación de la jurisprudencia anteriormente referida procede declarar la nulidad interesada con las consecuencias del art 1303 del CC, según el cual " declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses". Ello no obstante en el presente caso es la propia conducta de la entidad demandada la que ha impedido poder conocer el alcance de los intereses percibidos por la actora para realizar la correspondiente liquidación, lo que determina que la demandada sea condenada a la restitución de la cantidad de 50.000 €.

SEPTIMO.- Dada la estimación de la demanda, las costas procesales se imponen a la parte demandada, en aplicación de lo dispuesto en el art 394.1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada por el el Procurador D. Rafael Francisco Alario Mont en nombre y representación de Dª contra la entidad CATALUNYA BANC SA, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos que se reflejan en el hecho cuarto de la demanda y la condena a la entidad demandada a restituir a la actora la suma de 50.000 € más los intereses legales desde la fecha de la presente resolución y ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de **APELACIÓN** ante este Tribunal (artículo 455 LECn), dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LECn).

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente nº 4084/0000/02/2030/12 indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (0030-1846-42-0005001274), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

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

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles, que al efecto existe en la Secretaría de este Juzgado, quedando en las actuaciones testimonio de la misma.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en Valencia, a veintitrés de julio de dos mil trece.