

NOTIFICACION 24/ 7/ 2015

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 21

VALENCIA

PROCEDIMIENTO: Juicio ordinario 1178/2013

SENTENCIA Nº 179/15

En Valencia, a 22 de julio de 2015.

Vistos por la Ilma. Sra. _____,
Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario nº 1178/2013, promovidos a instancia de _____, representados por la Procuradora Sra. _____, contra la mercantil Caixabank S.A. (antes Barclays S.A.), representada por la Procuradora Sra. _____, procede dictar la siguiente resolución,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora Sra. _____ en la indicada representación, contra la mercantil Caixabank S.A. (antes Barclays S.A.), basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó la Procuradora Sra.

, en nombre y representación de la demandada, oponiéndose a la demanda, en base a los hechos que constan en su escrito de contestación y que se dan por reproducidos, y después de alegar los fundamentos que se estimó de aplicación, se terminó solicitando que previos los trámites legales se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a sus representada de los pedimentos contra ella formulados de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.-Se convocó a las partes a la audiencia previa, comparecidas las partes se comprobó que el litigio subsiste entre ellas, resolviendo las cuestiones procesales alegadas, por lo que cada parte se pronunció sobre los documentos aportados de contrario, en virtud del artículo 427 de la LEC, tras lo cual se procedió a la fijación de los hechos no existiendo conformidad de las partes por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 de la LEC. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se convocó a las partes a juicio, el cual tuvo lugar el día 9 de julio de 2015, con el resultado que obra en autos. Practicada la prueba se decretó su unión a los autos por lo que formuladas las conclusiones por las partes, quedo el juicio concluso para dictar sentencia.

CUARTO.-En la tramitación de la presente causa se han observado, en lo esencial, las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora presentó demanda contra Caixabank S.A. (antes Barclays S.A.), para que se declare la nulidad de pleno derecho y la nulidad radical del contrato de compra suscrito por los demandantes de participaciones preferentes

Lehman Brothers IK capital finding II LP. con Código Isin XS0229269856, por importe total de 300.000 euros, con las consecuencias legales inherentes en cuanto a la restitución recíproca de las prestaciones recibidas con sus frutos e intereses; subsidiariamente, solicita la anulabilidad por error en el consentimiento, con las mismas consecuencias a tenor del artículo 1303 del Código Civil, subsidiariamente, el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los instrumentos objeto de la demanda, con los efectos que interesa y se dan por reproducidos, y por último, en caso de no estimar las anteriores peticiones, 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 ello, en base en síntesis, a los siguientes hechos: que los demandantes de 80 y 79 años de edad, han trabajado el Sr. [redacted] como agente-corredor de seguros, y la Sra. [redacted] como ama de casa, excepto cuatro años que trabajó en los años cincuenta; que el Sr. Salinas se jubiló en 1996, viviendo desde entonces de sus ahorros, que han sido invertidos en seguros de vida y ahorro totalmente garantizados, no habiendo invertido nunca en nada especulativo; que nunca habían trabajado con Barclays, pero con ocasión del vencimiento de unos seguros de vida, y siendo que uno de sus hijos tenía concertada hipoteca con dicha entidad, decidieron acudir al mismo para que les asesoraran en qué invertir su dinero, procedente del vencimiento de unas pólizas de seguro de vida de ahorro; que acudieron a la oficina sita en la Avenida de Aragón nº 8, en octubre de 2006, siendo atendidos por una empleada, que les dijo que hablaría con el departamento de gestión de patrimonios; que el Sr. [redacted], jefe del departamento de gestión de patrimonios, envió un fax en el que se ofrecía una cartera (según ellos) diversificada, sugiriendo la adquisición de participaciones preferentes de Barclays Bank S.A., Lehman Bros, BNP y Hesland, es decir, que sólo se le aconsejó la compra de participaciones preferentes, sin más explicaciones sobre los productos, sus emisores, el riesgo de liquidez y el engaño sobre un vencimiento falso, produciéndose una reunión el 30 de octubre de 2006; que los demandantes pensaban que estaban invirtiendo en renta fija asegurada y con vencimiento; que el

15 de septiembre de 2008, la entidad Lehman Brothers presentó quiebra y dejó de abonar intereses, perdiendo los productos todo su valor; que en octubre de 2006, al Sr. [redacted] le vencían veinte pólizas, por un total de 352.753,85 € , y a la Sra. [redacted]

[redacted] veintisiete pólizas, por un total de 438.291 euros, cantidades ingresadas en La Caixa, destinando 600.000 euros a la compra de preferentes de BNP y de Lehman Brothers; que en el fax recibida nada se dice sobre elementos esenciales como las características del producto, por lo que la demandada omitiendo información esencial, indujo a los demandantes a comprar un producto complejo y de alto riesgo.

La parte demandada presentó escrito de contestación oponiéndose a la demanda presentada, alegando en síntesis caducidad de las acciones de nulidad; que a mediados de 2006, los demandantes acudieron a una oficina de Barclays y pidieron a la directora de la misma, que querían suscribir productos financieros con un tipo de interés lo más alto posible y que les proporcionasen rendimientos explícitos de capital, buscando los departamentos de gestión de patrimonios y de tesorería ante su petición, una relación de emisores de renta fija que tuvieran una buena calificación crediticia y que ofrecieran una buena rentabilidad; que mantuvieron varias reuniones con el Sr. Salinas en las que le explicaron en profundidad las características de las participaciones preferentes, y en concreto su funcionamiento y riesgos, optando tras la información necesaria de manera consciente por firmas órdenes de compra de participaciones preferentes de Lehman Brothers y de BNP; que tras la suscripción Barclays mantuvo puntualmente informados a los demandantes sobre su evolución, informando inmediatamente a los demandantes del concurso a mediados del 2008, de algunas sociedades del grupo Lehman Brothers; que en 2011, se excluyó a los demandantes de la masa pasiva del concurso, comenzando en ese momento, a quejarse a Barclays; que el Sr. Salinas Utrilla ha trabajado durante 38 años como agente-corredor de seguros, siendo apoderado de [redacted] Correduría de Seguros y administrador único de [redacted] , y la Sra. [redacted] es titular de acciones del grupo La Caixa; que además, el Sr. Salinas informó a los empleados de Barclays

que ya había adquirido participaciones preferentes en otras entidades, y que tenían un patrimonio financiero superior a los dos millones de euros; que el 30 de octubre de 2006, firmaron las órdenes de compra con pleno conocimiento de los productos que querían adquirir; que tras la contratación informó a los demandantes sobre su evolución, sabiendo en el 2007, los demandantes, de la ligera depreciación e las participaciones preferentes Lehman y BNP, sin que formularan reclamación, siendo en marzo de 2011, cuando los demandantes se quejaron por primera vez a Barclays por las participaciones preferentes Lehman, pese a que sabían desde hacía años de la situación concursal del grupo Lehman Brothers y de la depreciación; que el 22 de octubre de 2009, los demandantes reclamaron al grupo Lehman Brothers, informando en marzo de 2011 el tribunal del distrito de Nueva York a los demandantes, que se habían excluido sus respectivos créditos.

SEGUNDO.-En primer lugar, se alegó por la parte demandada caducidad de la acción de anulabilidad. Para determinar si la acción, ejercitada por los demandantes en este pleito se encuentra o no caducada aplicando el artículo 1301 del CC, es necesario partir de la diferenciación que a nivel doctrinal y jurisprudencial se realiza de la nulidad y de la anulabilidad pues, sabido es que, el plazo de caducidad de cuatro años previsto en tal precepto legal únicamente se aplica a los casos de anulabilidad que existe en aquellos contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 del CC (consentimiento, objeto y causa) pero existe alguno de los vicios de los que señala el artículo 1265 del CC (error, violencia, intimidación o dolo).

Verdaderamente, con el planteamiento de dicha excepción con carácter previo al análisis de la acción o acciones ejercitadas, se está realizando el camino inverso, por cuanto, primero deberemos concretar si se estima o no la acción, para poder analizar si está o no prescrita. No obstante, siguiendo el hilo conductor del escrito de contestación, a fin de dar respuesta a cuantas alegaciones, y excepciones se opusieron, y estando claramente posicionada la jurisprudencia a este respecto, nos pronunciaremos en este momento sobre dicha cuestión. Y a este respecto, al plazo de cuatro años, debe computarse desde el momento, en el que el contrato se considere consumado, es decir, desde

el momento en que las partes contratantes, cumplen sus prestaciones.

En el presente caso, el producto adquirido por los demandantes, fueron participaciones preferentes adquiridas el 30 de octubre de 2006, producto del que siguen siendo titulares a fecha actual, lo que implica que la acción de anulabilidad no ha caducado.

En este sentido citar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia Sección 9ª el cinco de marzo de 2013 que vino a aclarar la cuestión :

"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..... en que se afirmaba..... la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente, de la finalización de efectos del contrato.

Decimos ello sin perjuicio, obviamente, de la valoración que el propio hecho de la "finalización" del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merezcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual.....

Se indicaba, expresamente, en dicha resolución que: "Pese a lo indicado por ésta última, y en base a los hechos y fundamentos jurídicos de su demanda, la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC)..... 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 "... 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./... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para 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 Civil que 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 1984 que "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 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa 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 1983 cuando 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 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la 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."

TERCERO.-En cuanto al **tipo de producto objeto de litigio**, por una parte, debemos estar a lo manifestado por la Audiencia Provincial de Valencia, Secc 9ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2013 (R.A 556/13; Pte. Sr. Caruana), de tal forma que las **participaciones preferentes**“ son valores emitidos por una entidad mercantil reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de Mayo de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros cuyo artículo 7 fija constituyen recursos propios de las entidades de crédito y su Disposición Adicional Segunda, en la redacción vigente a Diciembre de 2006 viene a fijar las notas singulares de esta clase de producto de inversión. Así debe señalarse que el valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor razón por la que el preferentista no tiene un derecho de crédito frente a la entidad y no puede exigir el pago del importe de la participación; no otorgan al suscriptor participación en el capital (no se ostenta por su adquisición la cualidad de accionista), tampoco se tienen derechos políticos (derecho de voto), ni otorgan derechos de suscripción preferentes; presentan carácter perpetuo y su rentabilidad no está garantizada al depender de los beneficios que obtenga aquella entidad pero sí que participa o cubre las pérdidas del emisor, hasta el punto de poder perder el monetario invertido por lo que el mismo tampoco está garantizado y por último, son productos propios o que cotizan en un mercado secundario. En caso de liquidación de la entidad emisora la posición del preferentista en la prelación crediticia está inmediatamente después de todos los acreedores, subordinados o no, y por delante de los accionistas ordinarios.

Las participaciones preferentes, están expresamente mencionadas en el apartado h) del artículo 2-1 de la Ley de Mercado de Valores (en redacción dada por la Ley 47/2007) como producto comprendido en la aplicación de dicho texto legal, pero con perfecto encuadre en el mismo artículo en su precedente redacción y de hecho no es objeto de discusión tal aplicación. La Comisión Nacional de Mercado de Valores describe a las Participaciones Preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Además, advierte, son un instrumento complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido; es decir, que son un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas.

El carácter de producto complejo (exige ciertos conocimientos técnicos para su comprensión) y de alto riesgo como se ha expuesto, afecto a la normativa del mercado de valores, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.

La normativa que delimitaba las obligaciones de las partes en el momento de la suscripción de los contratos del año 2006, debe tenerse en cuenta que no se hallaban vigentes las Directivas MIFID. Efectivamente, la Directiva 2004/39/CE de 21-4-2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros fue reformada por la Directiva 2006/31/CE, que pospuso la entrada en vigor de la reforma al 1-11-2007, siendo esta también la fecha en que debía ser aplicable el derecho nacional a desarrollarse por los Estados miembros en cumplimiento de lo ordenado por la directiva 2006/73/CE. Del mismo modo, tampoco se hallaba vigente, por lo que no es aplicable, el art. 79 bis de la ley del mercado de valores, que fue introducido precisamente en cumplimiento de tales directivas por la ley 47/2007, de 19 de diciembre.

No obstante ello si que resultaba de aplicación la versión de la Ley del Mercado de Valores vigente por modificación publicada el 23/11/2002, en vigor a partir del 24/11/2002, cuyo Título VII, sobre las normas de conducta y

concretamente su artículo 78, establece como un deber de las personas o entidades que ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, el de respetar las normas de conducta contenidas en el propio título, los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas anteriores, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las normas contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta. Igualmente el artículo 79 indica que las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados

Asimismo, ha de citarse también el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (actualmente derogada por el RD 217/2008, de 15 de febrero pero vigente a la fecha del contrato de autos) dictado con el objeto de contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores, que en su artículo 16 regula la Información a la clientela sobre operaciones realizadas estableciendo que: "1. Las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación. 2. Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado. 3.../... Dicha

información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes.

Además, en el anexo de la disposición, se recoge el específico Código general de conducta de los mercados de valores anteriormente aludido, del que conviene ahora resaltar los artículos 2, 4 y 5 que indican: Artículo 2. Cuidado y diligencia.

Las entidades deben actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizando las mismas según las estrictas instrucciones de sus clientes, o, en su defecto, en los mejores términos y teniendo siempre en cuenta los reglamentos y los usos propios de cada mercado.

Artículo 4. Información sobre la clientela.

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

Artículo 5. Información a los clientes.

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

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

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

En este sentido debe recogerse el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, que en relación al deber de informar por parte de la entidad, determina la diferencia entre asesoramiento y mera comercialización:

“ Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55). A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.”

En cuanto a la **carga de la prueba del correcto asesoramiento e información** en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, (ver sentencia AP, Valencia sección 6ª del 12 de Julio del 2012; ROJ: SAP V 3458/2012), respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006). La SAP, Valencia sección 9 del 16 de Mayo del 2013 (ROJ: SAP V 2821/2013) reitera la doctrina jurisprudencial y así dice que: la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (como hemos declarado, entre otras en Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso.

CUARTO.- En el caso concreto, en relación a la prueba del cumplimiento del deber de información suministrada por la entidad, por la parte actora se aporta información de vida laboral de los demandantes (doc. 1 y 2 demanda); fax remitido por el Sr. _____ el 17 de octubre de 2006 a _____, directora de la sucursal (doc. 4 demanda); orden de compra (doc. 5 y 6 demanda); documentos relativos a las participaciones adquiridas (doc. 7 a 10 demanda); documentación relativa a las pólizas de seguro de que eran titulares, con fecha de vencimiento el 1

de octubre de 2006 (doc. 11 a 17 demanda); información remitida por Barclays a los demandantes el 11 de noviembre de 2008 (doc. 22 demanda y doc. 17 contestación); reclamación dirigida por los demandantes al departamento del defensor del cliente de la demandada, y respuesta de Barclays (doc. 23 a 26 demanda); reclamación interpuesta ante la CNMV (doc. 27 a 32); informe emitido por el Sr. Alonso Stuyck (doc. 33 demanda). Y por la parte demandada se aporta informe de cargos del Sr. (doc. 2 a 4 contestación); información valores (doc. 5, y doc. 11 a 16 contestación); escrito remitido por Barclays el 2 de octubre de 2009, informando de la fecha límite fijada por el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York para presentar la reclamación judicial (doc. 20 contestación); reclamación judicial formulada por los demandantes (doc. 21 a 23 contestación); notificación del Tribunal de Quiebras de EEUU, distrito Sur de Nueva York (doc. 27 contestación); informe emitido por el Sr. (doc. 29 contestación).

En la vista, se llevó a cabo el interrogatorio de la parte actora, el cual declaró que tuvo un par de reuniones y le ofrecieron varias opciones, durando las reuniones unos diez minutos. Añadió que le dijeron que era un banco excelente, sin riesgo, sin que le informaran de que podía perder el capital. Que lo que pidió fue seguridad. También compareció la Sra. (doc. 29 contestación) quién declaró que contactó con banca privada, dado el importe, para que fuera dicho departamento quién les expusieran los distintos productos, aunque estuvo presente en las reuniones. Añadió que el demandante quería renta fija, pero cobrando intereses, que se le ofrecieron varias opciones, siéndole explicado el riesgo de quiebra, y que el interés era superior por ese riesgo implícito. Que las reuniones durarían de 45 a 60 minutos, y que el demandante comentó algo de participaciones preferentes de Sol Meliá. Por último, compareció el Sr. (doc. 29 contestación), quién manifestó que el Sr.

(doc. 29 contestación) le pidió renta fija con rendimientos implícitos, el cupón más alto posible y que no tenía problemas en vencimientos a largo plazo. Añadió que le informó que era la call, que eran perpetúas, lo que era la prelación de acreedores y que estaba en los últimos lugares porque para el banco eran recursos propios; que le explicó muchos productos, pero que el Sr. (doc. 29 contestación) le dijo que tenían en otras entidades, y

que esa pequeña parte de su patrimonio la quería invertir en esos productos. También declaró que en un mes hubo varias reuniones, y que el actor le dijo que sólo quería ese tipo de productos ya que tenía su patrimonio dividido en otras entidades financieras, ya que en total tendría unos dos millones de euros. El artículo 376 Lec dispone que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado. A la vista de ello, lo cierto es que tanto, como es evidente, la parte actora, como los testigos que declararon no pueden ser calificados como ajenos a los hechos objeto de controversia. La Sra.

por su directa vinculación con la entidad demandada, y el Sr.

, aún cuando ya no forme parte de la misma, no cabe duda de su íntima relación con los mismos, por cuanto, fue quién de manera directa y personal, intervino en la previa información y asesoramiento prestado a los demandantes. Por ello, todas sus declaraciones tienen que valorarse atendiendo al precepto citado, y en concordancia con los datos objetivos obrantes en autos. Y estos datos son el documento nº 4 de la demanda, consistente en un fax remitido por

a , en el que le comunica “ Si lo que quiere es tipo de interés, le podríamos ofrecer una cartera diversificada de valores de renta fija, con un nivel elevado de rating y con la consideración de participaciones preferentes o deuda subordinada...” , en dicho documento se recogen cuatro productos (en lo que aquí interesa) se recogen las participaciones preferentes Lehman Bros, se recoge el rating, se fija vencimiento con la expresión call, el cupón, y el T.I.R. Según este documento, y careciendo de conocimientos financieros, se fija un tipo de interés y una fecha de vencimiento, y así se recogió también en las órdenes de compra, así como en el documento n 9 y 10 de la demanda, hasta el punto de que en estos dos documentos se fijan los años meses y días hasta vencimiento. Estos documentos no contienen información sobre las características del producto, ni sobre sus riesgos, induciendo incluso a confusión al recoger una fecha concreta de vencimiento, fecha para la que faltaban 2 años, 10 meses y ocho días (doc. 9 y 10

demanda). No se acredita por la parte demandada que a los demandantes le fuera suministrada información sobre las características del producto, ni sobre sus riesgos. Efectivamente existieron reuniones previas, pero ante las declaraciones contradictorias prestadas por el Sr. [redacted] y los Sres. [redacted], son los datos objetivos, en este caso los documentos aportados, los que nos llevan a la conclusión de que no fue prestada información completa y veraz. Incluso en los documentos referidos no consta la denominación completa del emisor de las participaciones preferentes, recogiendo únicamente la forma simple de Lehman Bros. Ni siquiera se acredita por la parte que así lo alega, que los demandantes sean titulares del patrimonio que refiere el Sr. [redacted], ni que parte del mismo haya sido destinado a la adquisición de productos similares o de las mismas características. En absoluto se acredita, por más que haya ostentado cargos en sociedades cuyo objeto social es “ mediación y asesoramiento preparatoria de la formalización de contrato de seguro privados... así como la posterior asistencia al tomador, asegurado o beneficiario” , que los demandantes gozan de experiencia financiera, así como de un perfil inversor o especulativo. A la vista de todo ello, no resulta acreditado por la parte demandada, que la parte actora fuera debidamente informada, de que eran productos a perpetuidad, que había un mercado secundario, totalmente necesario para recuperar el capital invertido, así como de la necesidad de comprador para recuperar el capital; ni acredita que se explicara el riesgo de perder el capital, riesgo que existía, por más que la entidad tuviera confianza en su propio producto, ello no le exonera de su obligación de informar de sus riesgos, a fin de que fuera el cliente quién valorara la existencia del riesgo, y decidiera por sí, y con conocimiento de todas las circunstancias, si asumía el riesgo, y compartía esa misma confianza. Todo ello, evidencia, que no se prestó información completa y clara acerca de los productos, ni se realizó actuación alguna por la entidad bancaria dirigida a la obtención de un perfil del inversionista y averiguación de sus circunstancias concretas para la adquisición de los productos.

Es decir, que la información suministrada a los demandantes acerca de los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas,

fueron erróneos. De esta forma la parte demandada, ante las manifestaciones de la parte actora, de no haber sido adecuadamente informados, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba de dicha circunstancia y así entenderse, que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad, a la hora de comercializar los productos financieros objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar. Este error fue arrastrándose durante los años en que fueron titulares de dichos productos, hasta que en noviembre de 2008 se les informa de que el emisor de las participaciones era Lehman Brothers UK Capital Funding II L.P., emisión garantizada por Lehman Brothers Holdings PLC, así como de la petición de quiebra, momento en que sin que conste asesoramiento externo, los demandantes atendida la información que le fue prestada por la demandada, presentaron la reclamación ante el Tribunal de Nueva York.

QUINTO.-En base a lo anterior, debe examinarse las acciones ejercitadas, en relación a la solicitud de nulidad de los contratos por infracción de normas imperativas e incumplimiento del deber de transparencia, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, en relación con los preceptos ya mencionados de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de condiciones generales de la contratación.

No puede aceptarse este argumento, por cuanto el incumplimiento de los deberes antes apuntados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente consumidor no conlleva la nulidad absoluta o radical del contrato, pues dicha consecuencia no viene impuesta en la citada normativa. El único efecto que tal incumplimiento puede producir habrá de valorarse en cuanto a la pretensión de anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada como uno de los elementos

determinantes de que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, de 30 de abril de 2012: "No es que el incumplimiento de la disciplina legal de carácter sectorial no pueda fundar en ningún caso la nulidad contractual. Pero la constatación de la vulneración puede ser instrumento útil para la comprobación de la concurrencia o no del error que se denuncia por la parte actora... En definitiva, se trata de que, cuestionándose si concurrió error invalidante del consentimiento y puesto que la normativa sectorial no establece la nulidad contractual como consecuencia de las vulneraciones de la misma, la utilidad de la verificación de su cumplimiento se proyecta en el ámbito de la comprobación de si la demandante dispuso o pudo disponer de información suficiente para neutralizar la existencia del error que alegan".

En relación a la acción alternativa, debemos distinguir entre inexistencia contractual, nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa. La inexistencia produce los mismos efectos que la nulidad absoluta pero es un concepto que implica la falta de un elemento esencial del negocio jurídico (declaración de voluntad, objeto, causa y forma en el caso de ser solemne el negocio). La nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva; siendo esta apreciable de oficio, y subsanable y con efectos frente a todos.

La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio hasta que sea anulado produce todos sus efectos. Se sustenta la acción, en un vicio del consentimiento, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1300 del código civil establece: "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los

invalidan con arreglo a la ley"; y así los demandantes sostienen un error que ha viciado su consentimiento a la hora de contratar, con carácter principal.

Así de acuerdo con el contenido de la demanda, los demandantes querían celebrar dichos contratos, pero mantienen que expresaron su voluntad viciado en su consentimiento, al creer que concertaban un contrato sobre productos sin riesgo alguno, de forma que en ningún momento se produjera una posible pérdida en su patrimonio, siendo así que manifiestan desconocían los riesgos elevados de concertar los productos en litigio. En suma nos encontraríamos con una nulidad relativa y no ante una inexistencia, ni ante una nulidad radical o absoluta de la relación contractual.

Por ello deberá examinarse si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la adopción de la nulidad contractual instada, y por tanto la doctrina aplicable para que el error sea susceptible de anular un contrato. Y al respecto hay que recordar que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1266 CC, es lugar común exigir la concurrencia de los siguientes requisitos.

En primer lugar se sostiene que el error ha de ser esencial. Requisito éste que viene exigido por el propio art. 1266 CC al disponer que, para que el error invalide el consentimiento, “ deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo” . Como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia es constante a la hora de exigir que, para decretar la nulidad del contrato, el error padecido en la formación de la voluntad sea esencial. V. así, la STS 18-4-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 1978\336), según la que “ para que el error del consentimiento invalide el contrato (...) es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración” .

En segundo término, es común exigir a ese error sustancial que también sea excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido. La exigencia de este segundo requisito puede contrastarse en la STS 18-2-1994 [ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez] (Roj: STS 968/1994), considerada como la decisión que contiene la formulación actual del requisito que ahora examinamos. Allí se dice que, para ser invalidante, “ el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7.C.c. Es inexcusable el error (de la STS de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continua- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la S.T.S. de 28 de febrero de 1974 o construcciones en la S.T.S. de 18 de abril de 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (S.T.S. 4 de enero de 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia

exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye” .

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a “ que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado” , tal y como puede leerse en la STS 6-2-1998 [ponente: Pedro González Poveda]. Idea que se sigue por nuestras Audiencias tal y como muestra a modo de ejemplo, la SAP Madrid (secc. 20ª) 20-9-2011 [Roj: SAP M 12122/2011]; SAP Barcelona (secc. 13ª) 14-2-2012 [Roj: SAP B 1219/2012]; o la SAP Oviedo (secc. 7ª) 12-3-2012 [Roj: SAP O 689/2012].

Y, finalmente, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Son diversas las decisiones que sostienen que los vicios del consentimiento han de ser simultáneos al momento de formación del contrato y que, por tanto, son irrelevantes los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento que, en su caso, podrán dar lugar a responsabilidad contractual pero no a la anulación del contrato. En particular, refiriéndose al error, puede consultarse la STS 29-12-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1978\4482), señalando que “ no afectan al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento” ; STS 29-3-1994 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 2118/1994), indicando que “ es preciso que el error derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar” ; STS 21-7-1997 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1997\4235), afirmando que “ el error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato. No cabe alegar error en el contrato, respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación” ; o, en fin, la STS 12-11-2004 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: 7324/2004), reconociendo que “ no

puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento” .

SEXTO.-Respecto a las circunstancias de los demandantes en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto los demandantes no tenían conocimiento de las características del producto, desconociendo el contenido exacto de lo que firmaban y sus consecuencias, en especial en cuanto a su perpetuidad, rentabilidad variable y negociación en mercado secundario. El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo, no es imputable a la parte actora que lo ha sufrido sino a la parte demandada que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, dado que los demandantes no han trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera, tal y como se ha recogido en anteriores fundamentos. En modo alguno puede atribuirse al actor la condición de “ profesional” referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de “ minorista” , dado el carácter de los productos bancarios de los que ha sido titular. No ha probado la parte demandada que tuvieran dichos conocimientos financieros indicados. Tampoco ha acreditado la parte demandada la existencia de asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato.

Del mismo existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato, por cuanto aquel en ningún momento deseaba la contratación de unos valores sometidos a un mercado secundario.

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad de los contratos de participaciones preferentes Lehman Brothers por importe total de 300.000 euros, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no

imputable al actor, por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento de los demandantes para la compra de las participaciones preferentes, fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales de los demandantes, que los alejan del perfil del inversor que adquiere esta clase de productos complejos; 2) las características de las operaciones financieras realizada incompatible con la intención o voluntad del actor; 3) la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a su cliente consumidor de los riesgos del producto que suscribía, en particular con respecto a las previsibles dificultades de su posterior transmisión y consiguiente recuperación de la suma invertida.

SÉPTIMO.-En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. En este sentido citar la sentencia de 17 de septiembre del 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que:"En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes", y que "dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente".

Es por ello, obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 300.000.- euros más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las respectivas órdenes de compra. Pero del mismo modo deberá el actor reintegrar la totalidad de los importes abonados como intereses más

los intereses legales devengados desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales.

OCTAVO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada, sin que quepa apreciar dudas de hecho ni de derecho.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada a instancia de D. _____ y Dña. _____, representados por la Procuradora Sra. _____, contra la mercantil Caixabank S.A. (antes Barclays S.A.), debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes Lehman Brothers con un valor de 300.000.- euros, celebrados entre demandantes y demandada, por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato, por tanto condeno a la demandada Caixabank S.A. a la devolución de la suma reclamada de TRESCIENTOS MIL EUROS (300.000.- euros) en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de las respectivas órdenes de compra. Pero del mismo modo deberá el actor reintegrar la totalidad de los importes abonados como intereses más los intereses legales devengados desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; y con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma legalmente señalada, poniendo en su conocimiento que contra la misma cabe interponer recurso de apelación a resolver por la Audiencia provincial de Valencia, el cual se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS siguientes a su notificación, siguiendo los trámites establecidos en los artículos 458 y siguientes de

la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Así mismo para la admisión de la interposición de la apelación será precisa consignación de un depósito de 50 € en la cuenta del Juzgado nº 4553(Disp. Adic. 15ª.4 L.O. 1/2009).

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

PUBLICACIÓN.- Dada, firmada y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe el día de su fecha . Doy fe.