

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6

VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 3º

TELÉFONO: 96-192-90-15

N.I.G.: 46250-42-2-2014-0008679

Procedimiento: Asunto Civil 000268/2014

SENTENCIA Nº 211 /2014.

JUEZ QUE LA DICTA: [REDACTED]

Lugar: VALENCIA

Fecha: siete de octubre de dos mil catorce

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: BARRACHINA COSCOLLÁ, AMPARO.

Procurador: [REDACTED]

PARTE DEMANDADA BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO SA

Abogado: [REDACTED].

Procurador: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios

En Valencia, a siete de octubre de dos mil catorce.

Vistos por [REDACTED], Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario nº 268/14, promovidos a instancia de Dº/Dª. [REDACTED], representado/a/s por el/la Procurador/a Dº/Dª. [REDACTED], asistido/a/s por el/la Letrado/a Dº/Dª. Amparo Barrachina Coscollá contra la mercantil "Banco Santander Central Hispano S.A.", representado/a/s por el/la

Procurador/a Dº/Dª. [REDACTED] y asistida por el/la Letrado/a Dº/Dª. [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el/la Procurador/a Dº/Dª. [REDACTED], en nombre y representación de Dº/Dª. [REDACTED] contra la mercantil “Banco Santander Central Hispano 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 Dª. [REDACTED], en nombre y representación de la demandada, oponiéndose a la demanda, con base en 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 período de proposición de prueba con base en el artículo 429 de la LEC. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se convocó a las partes a juicio.

CUARTO.-Practicada la prueba en el acto del juicio, y formuladas las conclusiones por las partes, quedó el mismo concluso para dictar sentencia. En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Demanda y contestación.

La parte actora presentó demanda contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. para que se declare nulo de pleno derecho el siguiente contrato:

-orden de suscripción de participaciones preferentes Unión Fenosa, Código ISIN XS0221627135, por un importe nominal total de 100.000 euros, de 8 de febrero de 2.008.

Se solicita la nulidad de los contratos arriba enumerados y en su caso el canje por acciones.

Las acciones recogidas en el suplico de la demanda son;

-la de “declaración de nulidad de pleno derecho o en su defecto anulabilidad” del contrato por inexistencia del consentimiento e infracción de normas imperativa.

-subsidiariamente la acción de resolución contractual del art. 1.124 del código civil con indemnización de daños y perjuicios.

-subsidiariamente de la anterior, declaración de negligencia en el cumplimiento de las obligaciones, con indemnización del art. 1.101 del código civil.

Así quedaron determinadas expresamente en el acto de la audiencia previa.

Dichas acciones se fundamentan, resumidamente, en la normativa de protección del inversión de la Ley de Mercado de Valores y en los artículos 6.3, y 1.261, 1.265 y 1.266 del código civil alegando que la demandada incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese a su perfil minorista y conservador, dado su nivel de estudios y sin conocimientos financieros.

La petición se concreta en solicitud de condena a la demandada a la restitución del capital invertido (100.000.- euros) junto con el interés legal. Para el caso de estimación de la segunda de las acciones ejercitadas, la solicitud se concreta en

la cantidad de 94.000.-euros.

La parte demandada, como cuestiones previas, y tras el acto de la audiencia previa, mantuvo las siguientes:

-se impugnó la cuantía del procedimiento, manteniendo que debía tratarse de un asunto de cuantía indeterminada.

-se alegó la caducidad de la acción ejercitada.

-se opuso la falta de legitimación pasiva.

En cuanto al fondo del asunto refiere, en síntesis, se mantiene en la contestación que la calificación de minorista del demandante no le convierte en persona no apta para la adquisición del producto financiero de autos, que el inversor adquirió el producto de tal forma que no existe vicio del consentimiento, que el error padecido era inexcusable, debiendo desplegar una mayor diligencia el adquirente del producto financiero, que no existió infracción de normas administrativas ni en fase precontractual ni en el período contractual, y que no existió dolo por su parte. Además se adujo que el actor contaba con experiencia inversora y no podía alegar desconocimiento.

SEGUNDO.-Cuestiones previas.

Respecto a la cuantía del procedimiento.

Nos encontramos ante una reclamación que, con arreglo a los art. 248 y siguientes de la LEC, ha de sustanciarse por los trámites del procedimiento declarativo (verbal/ordinario) en atención a la cuantía y no a la materia.

Para determinar la cuantía resulta aplicable al caso la regla de cálculo contenida en el art. 251, 8ª de la LEC, según la cuál *“En los juicios en que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazos”*.

No se puede compartir la interpretación que hace la parte demandada sobre este precepto ya que debe entenderse que la demanda se está refiriendo al total de lo debido en el título obligacional que se anula, lo que en este caso se traduce en el capital nominal invertido en la orden de compra de los títulos.

Este es el criterio adoptado por nuestro TS en dos autos dictados ambos en fecha 18.01.2011 (nº recurso 510/2010, id Cendoj 28079110012011200328, y nº de recurso 366/2010, id Cendoj 28079110012011200329,) siendo Magistrado Ponente [REDACTED], con ocasión de resolver sendos recurso de queja contra los autos de inadmisión a trámite de recursos de casación dictados por la AP de León y de Pontevedra, en anulación de contratos de permutas financieras o swaps. En ellos el TS confirma el criterio de que la cuantía del pleito debe fijarse conforme a la regla 8ª del art. 251 de la LEC e identifica el total de lo debido con el precio del contrato, esto es, el valor nominal de los contratos.

Pues bien, se estima que la posición adoptada por el TS en los autos de 18.01.2011 para los swaps es plenamente aplicable en este caso.

El motivo fundamental es que se considera que el importe de la inversión sí es “*el interés económico de la demanda*”, en los términos que establece el art. 251 de la LEC. El TS en los autos citados ya tuvo en cuenta esta cuestión y, aun así, señala que la cuantía se fija en el precio del contrato y no en el de las respectivas indemnizaciones solicitadas o el quebranto económico acusado. Lo que supone que el interés económico de la demanda no tiene por qué coincidir con lo que, finalmente, se reclama.

Esta posición fue acogida, también con ocasión de los swaps, por la AP de Valencia, secc. 9ª en autos de 6.05.2013 (Roj: SAP v 2164/2013) y 20.06.2013 (Roj: SAP V 3231/2013).

En cuanto a la excepción de caducidad con base en el artículo 1.301 del Código Civil, procede desestimarla, a la vista del contenido de la Sentencia 308/2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de diciembre de 2013, que reitera los argumentos de la Sentencia de 11 de julio de 2011 de la misma Sala, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, de tal forma que en supuestos como el presente en que el contrato tiene vocación de permanencia y no está sometido a plazo, practicándose liquidaciones periódicas, no debe confundirse en el momento de perfección del contrato es decir el momento de adquisición del producto financiero, con el de la consumación, circunstancia que se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

En el caso de autos no se ha producido la consumación del contrato a la fecha de presentación de la demanda, sin haberse producido el vencimiento en el momento de su canje por acciones de la entidad demandada.

En cuanto a la alegación de falta de legitimación pasiva, si lo discutido es el modo en que se han comercializado los productos, la legitimación pasiva se circunscribe a quién los colocó a los clientes bancarios, como titular de la relación jurídica controvertida a que hace mención el art. 10 LEC, cualquiera sea su calificación (SAP Illes Balears, Secc. 3ª, 17 octubre 2013, rec. 30772013, SAP Valencia, Secc. 9ª, 2 diciembre 2013, rec. 557/2013, SAP Pontevedra, Secc. 6ª, 24 enero 2014, rec. 814/2012), no acogiéndose la alegación de que sea improcedente la condena restituir el importe de una inversión que no recibió, pues se entregó a la entidad emisora (SAP León, Secc. 1ª, 17 marzo 2014, rec. 64/2014).

TERCERO.- Régimen jurídico.

En cuanto al tipo de producto objeto de litigio, en relación a las participaciones preferentes 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.”

Respecto al contenido y exhaustividad de dicho deber de información, en el presente caso la orden de suscripción es del año 2.008, después de la entrada en vigor de la a la Directiva 2004/39/CE (MIFID) y normativa adaptada.

La parte demandada alega la aplicación de la disposición transitoria primera de la ley 47/2.007 para entender que aún no era exigible la aplicación de las obligaciones derivadas de la normativa MIFID. No obstante, esta alegación no puede ser acogida por cuanto hay que destacar que:

-Existe una línea de pronunciamientos judiciales que entienden aplicable directamente la Directiva. Así, entre las Audiencias Provinciales, la SAP Castellón, Secc. 1ª, de 4 mayo 2001, rec. 292/2000, dice: *“En el ámbito de las Audiencias Provinciales; han reconocido eficacia directa horizontal a la Directiva mencionada las sentencias de 4, de noviembre de 1997 de la AP de Zaragoza , de 20 de julio*

de 1998, de la Secc 1ª de la AP de Las Palmas de Gran Canaria , y de 30 de junio de 1997 de la Secc. 6ª de la AP de Málaga. En esta Audiencia Provincial, la sentencia de la Sección 2ª, de 1 de julio de 1999, analiza en profundidad estas cuestiones”.

-la disposición transitoria alegada no afecta a las obligaciones del banco con los clientes, y las normas respecto a la contratación no son aspectos afectados por esa disposición transitoria. Su tenor literal dice:

“Disposición Transitoria primera. Plazo de adaptación de las entidades que presten servicios de inversión

Las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley.”

-en todo caso, y por último, la cuestión viene resuelta por la obligación de interpretar las normas conforme a la normativa europea. Nuestro Tribunal Supremo en STS 27 marzo 2009, rec. 1422/2000, ha admitido esta eficacia interpretativa, y lo han expresado numerosas las resoluciones que recurren a las directivas europeas no transpuestas como criterio hermenéutico del ordenamiento interno (SAP Madrid, Secc. 28ª, 13 mayo 2008, rec. 307/2008, SAP Barcelona, Secc. 1ª, 29 junio 2009, rec.78/2008, AAP Sevilla, Secc. 6ª, 19 julio 2011, rec. 342/2011, SAP Álava, Secc. 1ª, 30 diciembre 2012, rec. 396/2011, SAP Girona, Secc. 1ª, 20 marzo 2012, rec. 672/2011, SAP Las Palmas, Secc. 5ª, 14 enero 2014, rec. 298/2012).

Así, respecto a los contratos celebrados bajo el régimen jurídico posterior a la entrada en vigor de la normativa que suponía la transposición de dicha Directiva, cabe citar la SAP Asturias núm. 74/2013, sección 5ª, de 15 de marzo de 2013, donde se refleja que:

“nos encontramos que la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) fue modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302) (RCL 2007, 2302), que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848). En lo que aquí puede interesar, esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79 bis 2), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (artículo 79 bis 3), de suerte que tal información debe

"incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (artículo 79 bis 3, pto, 3º), exigiendo, además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (artículo 79 bis. 7 de la Ley del Mercado de Valores).

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407), que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), reguló en los artículos 60, 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto y en lo que aquí interesa, en el primero de los mencionados preceptos se establece que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Además, en dicho Real Decreto se desarrolla en el artículo 72 la obligación de las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, de obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender la naturaleza de la inversión y sus riesgos, lo que se describe como "evaluación de la idoneidad", estableciendo que *"cuando la entidad no obtenga la información específica no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente, ni gestionar su cartera"*. El artículo 73 regula la denominada "evaluación de la conveniencia", estableciendo que "las entidades que presten servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo 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 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 9ª, 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.-Delimitación del objeto del procedimiento.

Las partes no discuten la existencia de la orden de compra de las participaciones preferentes, ni la cifra por la que se dio dicha orden (100.000.-euros), ni la clasificación como cliente minorista del demandante, ni la clase de producto adquirido (participaciones preferentes), por lo que la controversia queda reducida a examinar la existencia o no de consentimiento, de infracción de normas imperativas o de vicio en el consentimiento.

Con base en lo anterior deben examinarse las acciones ejercitadas:

Nulidad de los contratos por infracción de normas imperativas.

Se alega la misma 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.

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".

Nulidad relativa por vicio del consentimiento.

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. Aun cuando la parte demandante habla de nulidad radical en relación a la inexistencia del consentimiento, dicha valoración no puede ser acogida, sino que se sustenta en un vicio del consentimiento, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1.300 del código civil establece: "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 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 la demandante sostiene un error que ha viciado su consentimiento a la hora de contratar, con carácter principal.

Así de acuerdo con el contenido de la demanda (p. ej. pág. 4 tercer párrafo) el actor quería celebrar dicho contrato, pero mantiene que expresó su voluntad viciado en su consentimiento al creer que concertaba un contrato sobre productos sin riesgo alguno, de forma que en ningún momento se produjera una posible pérdida en su patrimonio, siendo así que manifiesta desconocer los riesgos elevados de concertar el producto en litigio, viene a indicar que concertaba un depósito. En suma nos encontraríamos con una nulidad relativa y no ante una inexistencia, ni ante una nulidad radical o absoluta de la relación contractual.

En el análisis del error en el caso concreto habrá que ver si se cumplen los requisitos establecidos fundamentalmente por el art. 1.266 del Código Civil (C.C.) y la jurisprudencia recaída al efecto. El artículo 1.266 C.C. establece 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"*.

Básica y muy resumidamente, y según reiterada jurisprudencia, se requiere que el error sea esencial, excusable, que exista causalidad entre el error y la finalidad

perseguida por el negocio jurídico y que se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad. Por todas, STS 21 mayo 1997, rec. 1342/1993.

Las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012 y del 29 de Octubre del 2013 (ROJ: STS 5479/2013) reiteran la doctrina jurisprudencial recogida también en la sentencia AP, Valencia sección 9 del 12 de Junio del 2013 (ROJ: SAP V 3372/2013) y la más reciente de 30 de diciembre de 2013.

QUINTO.-Valoración de la prueba.

En el presente procedimiento habrá que estar a la prueba practicada consistente en:

-Interrogatorio de parte.

-Documental.

-Testifical de [REDACTED], empleado de la entidad financiera que participó en la comercialización de los productos.

-Pericial por parte de [REDACTED], autor del informe aportado a los autos.

En cuanto al objeto de la prueba habrá que examinar lo relativo al cumplimiento del deber de información y la parte que afecta a la existencia o no de vicio en el consentimiento.

CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN:

-Consta en el procedimiento la orden de compra por las que se reclama (doc. núm. 11 de la demanda), aunque no es debatida la contratación.

-no se aporta documentación firmada que justifique la entrega con antelación de información sobre el producto, ni ningún test que se haya realizado respecto a ese producto en el momento de la contratación. El documento núm. 7 de la contestación no está firmado. Existe un test de idoneidad realizado con el Banco Santander pero fue hecho en el año 2.009, posteriormente a esta contratación.

En lo concerniente a la orden de compra, se observa que es un mero formulario genérico, al que se han incorporado los datos concretos de la operación, pero no se especifica de forma proporcionada y correcta cuáles son las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni ningún otro

elemento que permita conocer el producto suscrito, en especial el riesgo que afectaba a dicha operación.

Cabe indicar que se utilizó un formulario del año 2.005, anterior a la entrada en vigor de la normativa MIFID, para una contratación realizada en 2.008.,y que se tramitó la contratación como un producto amarillo, cuando en ese momento su categoría debía haberle llevado a tramitarse como rojo.

Es definitiva, en no se indica en la información suministrada al actor los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas.

Cabe citar, en este sentido, la SAP Asturias, Secc. 5ª, 15 marzo 2.013, rec. 65/2013.

Respecto del interrogatorio de parte, en el acto del juicio [REDACTED]

[REDACTED] sostuvo que:

“Sí que había contratado un seguro de inversión el mes anterior, porque fue un favor que le pidió [REDACTED] y que éste le manifestó que era un seguro que garantizaba el nominal y cada tres meses lo podía rescatar” (5´10´´ aprox).

Manifestó reiteradamente que en todo momento buscó seguridad y disponibilidad y que así se lo expresó a los empleados de la entidad.

También indicó que:

“accedí a la recomendación del banco” 7´33´´ aprox.)

“la única condición que puse es que pudiera rescatarlo y no tuviera pérdidas” (7´40´´ aprox.).

“cancelé los fondos de inversión para tener otra cosa mejor porque no me daban nada”

“Fue el director el que me explicó la orden de la contratación de las preferentes, no me hicieron test ni preguntas al contratar. No la leí, me la explicó y ya está”(15´56´´ aprox.)

“en esta contratación no había trípticos, no me entregaron resumen folleto de las preferentes”

“no me habló del mercado secundario, ni de que había que casar las compras” (20´00´´ aprox).

A preguntas de la demandada contestó:

“que en la fecha de la contratación sus estudios eran los de educación general básica”

“que todos los fondos de inversión que tenía eran garantizados”

“que [REDACTED] sobre las preferentes le dijo que tenían 0% de riesgo y disponibilidad en cualquier momento” (28´41´´ aprox.)

“que no le efectuaron test” (29´14´´ aprox.)

“que fue una subdirectora en la oficina a finales de 2012, la que me explicó lo que tenía contratado”

En cuanto a la testifical de [REDACTED], resalta la afirmación del empleado de la entidad financiera sobre la información dada en la contratación en relación a los riesgos del producto y al asesoramiento prestado. Así se afirmó en el acto del juicio que:

“yo le vendí las preferentes de Unión Fenosa” (37´30´´ aprox.),

“no tenía documentado el perfil del cliente” (46´43´´ aprox.)

“no tengo documentada la entrega previa de documentación”

“no recuerdo si la iniciativa en el contratación fue del banco”

“No le dije qué era conveniente”

“sí le hablé del mercado secundario”

“creo que era un producto adecuado para él en 2.008”

“le ofrecí distintas alternativas (57´42´´ aprox.)

“se llevó los documentos a su casa” (1h 11´´)

“entendió las explicaciones”

El perito, [REDACTED], expresó que:

“los otros productos que tenía contratados el [REDACTED] eran todos virtualmente carentes de riesgo”

“la contratación realizada contraviene el manual de instrucciones de procedimientos de 2007” (1h 7´22´´ aprox.)

“el unit link que tenía contratado el [REDACTED] era un producto complejo, pero garantizado” (1h 14´19´´ aprox.)

En cuanto al informe pericial emitido por el [REDACTED] y ratificado en el acto del juicio, destaca que los otros productos contratados no presentaban riesgos, que el cliente no fue sometido al test de idoneidad o conveniencia previo, que la adquisición de las preferentes estuvo rodeada de importantes defectos formales, y que se desconoce cómo se justifica el precio que se pagó (94.000 euros) pues es

imposible conocer los datos que corroboren dicha valoración dado que el producto cotiza en la bolsa de Luxemburgo.

Resalta especialmente la conclusión final del informe (pág. 26 del mismo) donde se mantiene que:

“desde el punto de vista material, el producto era no apto para el cliente JMP pues es complejo y de un elevado riesgo, y que el proceso de venta estuvo plagado de irregularidades y defectos formales”.

Frente a la declaración del empleado de la entidad, se entiende que debe valorarse en mayor medida la versión dada por la parte demandante. Esta versión viene apoyada por la documental obrante en autos y por la pericial aportada y ratificada por la declaración del perito. Según la documental, no consta justificada la entrega previa de documentación, ni la realización de test preceptivos, ni la información clara postcontractual con advertencia de la situación real de la inversión. Por ello se entiende que debe acogerse la versión de la parte actora, por tener apoyo en la documental y la pericial, mientras que la argumentación de la demandada no viene avalada de la misma forma.

Se entiende que el cliente presentaba un nivel de estudios básico, que se reconoce su condición de cliente minorista y sin embargo, no se extremaron las precauciones en cuanto a la información a dar al cliente ni en la manera de contratar el producto. No consta la firma de ningún folleto explicativo del producto, y se justifica la entrega previa de documentación ni si se le facilitó al cliente información veraz sobre la verdadera naturaleza y características del producto.

De la prueba practicada se deriva que la información que se aportó a la parte actora en relación a la suscripción de títulos es claramente insuficiente, no se concreta de forma proporcionada y correcta cuáles son las características de los productos, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni consta la entrega de ningún otro elemento que permita conocer los productos suscritos en fecha anterior a la contratación.

De todo ello se concluye que no se cumplió con el deber de información, puesto que no se dio la información por completo –en especial en cuanto a los

riesgos-, ni de forma clara y transparente, ni con antelación suficiente, ni se realizó el test de idoneidad preceptivo.

De esta forma la parte demandada 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 de los contratos y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

CON RELACIÓN AL ERROR ALEGADO Y SUS REQUISITOS:

En lo atinente a las circunstancias del actor en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido cumple con todos los requisitos antes mencionados para producir la anulabilidad.

El error es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto el actor no tenía conocimiento de las características de los productos, suponiendo estar contratando un producto con seguridad y disponibilidad desconociendo el contenido de lo que firmaba 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, que la actora no había cursado estudios superiores (según se infiere de la propia declaración de la parte y de la pericial), ni ha trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera. 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 se ha probado que tuviera conocimientos financieros en un nivel suficiente como para comprender y representarse los verdaderos parámetros del producto que

contrataba.

Aunque hubieron contratados otros productos, como fondos de inversión o seguros, son éstos de distinta naturaleza a las obligaciones subordinadas u obligaciones preferentes, denotando además una voluntad contraria a asumir riesgos.

Tampoco ha acreditado la parte demandada la existencia de asesoramiento adecuado externo en el momento de la celebración del contrato.

Del mismo modo, 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, si no la imposición a plazo fijo o producto similar.

Con base en lo todo lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable al actor, por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante para la compra de las participaciones preferentes fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales de la parte demandante, que le alejan del perfil del inversor que adquiere esta clase de productos complejos; 2) las características de la operación financiera 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.

QUINTO.-Efectos jurídicos.

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 1.303 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*".

Los intereses deben computarse desde la fecha en que se produjo el cargo en cuenta para la adquisición de los productos financieros.

En este sentido cabe citar la Sentencia del tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2011, que recoge a su vez la Sentencia de fecha 4-11-1994, y las más recientes Sentencia del Tribunal Supremo de fechas 23 de noviembre de 2011 y 22 de diciembre de 2009, en las que se distingue entre intereses derivados de la declaración de nulidad, intereses legales y en su caso intereses moratorios.

Como establece la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, número 41-14, de 19-2-2014, rollo 18-14:

“SEGUNDO: Conforme a lo normado en el *art. 1303 del CC* declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo normado en los artículos siguientes, que se refieren a supuestos singulares previstos en los *arts. 1305 , 1306 y 1314 del CC* , relativos respectivamente a ser ilícita la causa u objeto del contrato, concurrir causa torpe no constitutiva de delito o falta o incapacidad de un contratante, que no son aplicables al presente caso.

Las SSTS de 11 de febrero de 2003 , 6 de julio de 2005 y 15 de abril de 2009 recogen la jurisprudencia interpretativa del *artículo 1303 del Código Civil* , señalando que el mentado precepto "tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (*sentencias de 22 de septiembre de 1989 , 30 de diciembre de 1996 , 26 de julio de 2000*), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (*sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 30 de diciembre de 1996* -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad

relativa, (*sentencias de 18 de enero de 1904 , 29 de octubre de 1956 , 7 de enero de 1964 , 22 de septiembre de 1989 , 24 de febrero de 1992 , 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996*), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (*sentencias de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de 1999*). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (*sentencias de 29 de octubre de 1956 , 22 de septiembre de 1989 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000*), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (*sentencias de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973*). El *art. 1303 del Código Civil* se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (*sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994*) y el *precio con sus intereses* (*sentencia de 18 de febrero de 1994 , 12 de noviembre de 1996 , 23 de junio de 1997*), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales».

Pues bien, en el presente caso, la nulidad del contrato trae consigo la devolución de prestaciones con efectos *ex tunc*, y la pretensión de la actora de que se le restituyan las cantidades abonadas desde la celebración de los respectivos contratos y no desde la interposición de la demanda deviene legítima en virtud de la doctrina expuesta.

No ofrece duda tampoco que el *art. 1303 del CC* acoge la regla principal de los efectos de la invalidez de los contratos, incluyendo naturalmente los casos de nulidad relativa o anulabilidad, en estos supuestos el alcance de la obligación restitutoria, como ya hemos adelantado, nace directamente de la ley, y, por ello, puede fijarse en sede judicial aunque no haya sido pedida por las partes (*STS de 8 de enero de 2007*);”

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma realmente invertida de 94.000,31- euros,(el cargo en cuenta derivado de la orden fue por 94.000,31.- euros según el doc. núm. 10 de la demanda) más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero del mismo modo deberá la parte actora reintegrar los correspondientes rendimientos brutos percibidos con los intereses legales desde las respectivas liquidaciones, así como los títulos.

Se entiende que frente a la cuantía solicitada en la orden de compra, debe apreciarse como prestación la realmente efectuada, es decir, los 94.000,31.- euros, por los que finalmente se efectuó la operación.

La estimación de dicha pretensión hace innecesario entrar a valorar la restante.

SEXTO.- Intereses y costas.

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.

Igualmente, la parte demandada está obligada al pago del interés legal del dinero incrementado en dos puntos de la cantidad reclamada, desde la fecha de la presente resolución hasta su completa ejecución, según preceptúa el artículo 576 de la L.E.C.

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

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada a instancia de [REDACTED], representado por la Procuradora [REDACTED], contra la mercantil “Banco Santander Central Hispano S.A.U”, representada por la Procuradora [REDACTED], debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes celebrado entre el demandante y demandada, e identificado en la presente resolución, 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 a la devolución de la sumareclamada de 94.000,31.- euros en concepto del principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes los rendimientos percibidos, juntos con su interés legal, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; con obligación de la parte actora de devolver los títulos y con imposición de costas a la parte demandada.

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN: Notifíquese esta resolución a las partes interesadas haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, mediante escrito presentado en este Juzgado, en los veinte días siguientes a su notificación

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido y acreditado conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Instrucción 8/2009. De no efectuarlo, se dictará auto que ponga fin al trámite de recurso, o que inadmita la demanda, quedando firme la resolución impugnada.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévese el original al libro de sentencias de este juzgado.

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

EL/LA JUEZ/A.