



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO 1 DE BARCELONA**

Juicio ordinario nº 850/2013

SENTENCIA 68/14

En Barcelona, a 24 de abril de 2014

Vistos por mí, Guillem Soler Solé, magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 1 de esta localidad, los presentes autos de juicio ordinario seguidos con número 850 de 2013, a instancia de [redacted] representado por la procuradora de los tribunales Sra. Reche y asistido por el letrado Sr. Montañés, contra BANKIA, S.A., representada por la procuradora de los tribunales Sra. [redacted] y asistida por el letrado Sr. [redacted]. Ha intervenido voluntariamente CAJA MADRID FINANCE PREFERRED. Es objeto del presente proceso la declaración de nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes dolo o error o por incumplimiento contractual, con petición restitutoria.

2014-04-24 16:22:00

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Fue repartida a este juzgado demanda de juicio ordinario promovida por [redacted] contra BANKIA, S.A., en la que solicitan los siguientes pronunciamientos:

Que se declare la nulidad por error o vicio en el consentimiento del contrato de adquisición de 5.787 títulos de participaciones preferentes suscrito por las partes en 2009 y 2010, con restitución de las prestaciones recíprocas, con los intereses desde los cargos en cuenta, con declaración de nulidad de cualquier contrato posterior por traer causa del mismo, declarando que la titularidad de todos los títulos o acciones del actor pasa a la demandada, una vez restituido el importe de las cantidades que se vea obligado a pagar el actor.

Subsidiariamente, que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad, buena fe e información como prestador de servicios de inversión y depositario de valores, con condena a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados en la



contratación de las participaciones preferentes, equivalentes al importe efectivamente abonado, 586.151,61 euros, con los intereses de demora desde la sentencia, declarando que la titularidad de todos los títulos o acciones del actor pasa a la demandada, una vez restituido el importe de las cantidades que se vea obligado a pagar el actor.

Subsidiariamente, que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad, buena fe e información como prestador de servicios de inversión y depositario de valores, con condena a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados en la contratación de las participaciones preferentes, equivalentes al importe efectivamente abonado, 586.151,61 euros, descontando el valor que, en el momento del pago, tengan las acciones de Bankia titularidad del actor, calculado en ejecución de sentencia según el precio de negociación del mercado en el que coticen.

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada para que, en el término de veinte días, compareciera en autos asistida de abogado y representado por procurador y contestara a aquélla. Planteó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y defecto legal en el modo de proponer la demanda. Instó la desestimación de la pretensión, por caducidad e inexistencia de causa de nulidad.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa del 21 de noviembre de 2013, comparecieron debidamente representadas y asistidas. Abierto el acto, y constatada la subsistencia del litigio entre las partes y la falta de disposición para llegar a un acuerdo, se desestimaron las excepciones de litisconsorcio pasivo necesario y defecto legal en el modo de proponer la demanda.

CUARTO.- La parte actora propuso como medios de prueba la documental aportada con la demanda, documental aportada en el acto (consistente en "instrucciones de comercialización de las participaciones preferentes serie II, informe de la CNMV de revisión de la comercialización de la emisión de participaciones preferentes serie II, carta del Parlamento Europeo), requerimiento a la demandada para aportación del reglamento interno de conducta, requerimiento a IBERCLEAR, a la demandada y a la interviniente voluntaria y la testifical del Sr. ; director de la sucursal de la demandada. La demandada propuso los documentos ya aportados y la misma testifical. Se admitió toda la prueba.

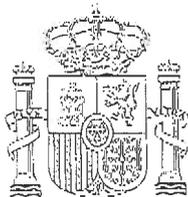
QUINTO.- Se señaló para el juicio el día 14 de abril de 2014. Ha intervenido voluntariamente CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, aceptada por auto de 6 de febrero de 2014.



SEXTO.- En el juicio se practicó la prueba. Tras ello las partes formularon conclusiones y han quedado las actuaciones concluidas para dictar sentencia.

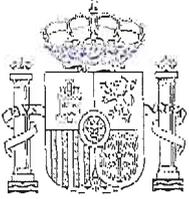
FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones. Expone la demanda que al tiempo de suscribir las participaciones preferentes (PP) el actor tenía 73 años. Ha explotado un establecimiento de quinielas, sin estudios ni relación con el mercado financiero ni experiencia en inversiones de riesgo. Se aporta como documento 1 test de conocimiento y perfil inversor realizado por la propia actora. Es cliente de la demandada desde hace más de quince años y tenía la confianza del director de la sucursal, Sr. Se aporta como documento 2 tarjeta del mismo remitida al actor en felicitación de las Navidades y certificación de 2006 expedido por el mismo refiriendo la cuenta del actor. Éste no invirtió sus ahorros en productos de riesgos, especialmente teniendo en cuenta sus circunstancias personales, enfermedad y fallecimiento de su esposa, y enfermedad diagnosticada a él mismo en 2009 (documentos 4 y 5). En mayo de 2009, a propuesta del director, el actor invirtió sus ahorros, según se le indicó, de modo seguro, sin riesgo, pudiendo disponer de los fondos cuando los necesitase. Se aporta como documento 6 la orden de compra de 22 de mayo de 2009 por 3.877 títulos de PP CAJA MADRID 2009. No hubo el debido asesoramiento precontractual, en relación con las exigencias de la LMV. Los productos contratados con anterioridad no tenían riesgo, como depósitos y Letras del Tesoro con vencimiento corto (documento 7). Se trata de un inversor minorista conservador. Las PP son un producto complejo, altamente ilíquido, subordinado, perpetuo y con riesgos que no fueron explicados, lo que ha generado un vicio en el consentimiento, al haber creído contratar un producto distinto al realmente contratado. Se aporta como documento 8 ficha de la CNMV "conozca su perfil inversor". El producto no era idóneo para el actor, al ser propio de un perfil agresivo, por su alto riesgo, lo que les hace adecuados para expertos. No le consta a la actora que se realizara el test de idoneidad y de conveniencia. Tras un requerimiento previo a la demanda, la demandada aportó resguardo de operación de 22 de mayo de 2009, contrato de depósitos o administración de valores de 22 de mayo de 2009, test de conveniencia de 22 de mayo de 2009, comunicación de la misma fecha clasificando al cliente como minorista y ficha perfil inversor de la misma fecha (documentos 10 a 13). El modo de confeccionar el test no supone un cumplimiento de las exigencias de la normativa MIFID, al tratarse de preguntas ambiguas o tendencias en cuanto al trato de la noción "renta fija". La tercera pregunta no pudo ser contestada por el actor, puesto que no se le informó de las características y riesgos del producto. La cuarta pregunta puede inducir a confusión al poder equiparar inversión con renta fija. Únicamente se le expusieron las ventajas. La simplicidad del test impide formarse una representación real de los riesgos reales del producto.



SEGUNDO.- Se produjo una ocultación dolosa de la información legalmente exigible, en relación con el riesgo asumido en caso de insolvencia de la sociedad emisora o el carácter perpetuo. Tampoco se informó del funcionamiento del mercado AIAF. Los términos de la orden y del contrato de depósito no reflejan las características del producto. El 23 de febrero de 2010 adquirió otros 1.910 títulos, por valor de 198.451,61 euros (documentos 14 a 16: resguardo de operaciones y extracto de la cuenta de valores). Se ha prestado un asesoramiento aunque no se haya contratado de modo expreso. Se ocultó que en junio de 2009, ante la bajada del rating, se abría un plazo de dos días para la revocación de la orden. De haberse informado de esta circunstancia, ello habría obligado a explicar las verdaderas características del producto. Se ocultó que no era una renta fija tradicional y que era un producto complejo. Implicando la transformación de un pasivo en un activo, como recursos propios, se ha producido un evidente conflicto de intereses. Se aportan folletos de la CNMV como documentos 17 y 18, estudio del Defensor del Pueblo (documento 19) y folleto informativo (documento 20), no entregado al actor, que refleja los riesgos ya indicados (liquidez, perpetuidad, orden de prelación) y de los que no se informó, lo que integraba una información esencial. Con posterioridad se ha producido el canje forzoso de acciones el 22 de mayo de 2013 (documentos 21 a 23), con la quita correspondiente de 215.970,84 euros. La nulidad interesada debe alcanzar el indicado canje, con traspaso de la titularidad de las acciones.

TERCERO.- Oposición. Alega en primer lugar la demandada la caducidad de la acción, al ser las órdenes de compra de 22 de mayo de 2009, por lo que habría transcurrido el plazo legal de cuatro años. La información dada fue adecuada, no se produjo ningún error ni se incumplió ninguna normativa aplicable, incluida la MIFID. Admite la demandada los antecedentes contractuales alegados en la demanda. A estos efectos, si bien en el acto de la audiencia previa la demandada cuestionó la suscripción efectiva de parte de las PP objeto de la demandada, en fase de conclusiones ha admitido que con el resultado de la prueba practicada esta cuestión ha quedado acreditada, con lo que deja de ser controvertida y no deberá ser analizada la prueba al respecto. Aporta el test de conveniencia (documento 1), el tríptico resumen del folleto informativo firmado por el acto (documento 2), se remite al folleto informativo de la emisión y aporta el documento firmado por el acto en el que manifiesto haber sido informado y ser consciente de los riesgos (documento 3). La información contenida en estos documentos sí advierte de los riesgos: de pérdida de capital, de liquidez (venta inmediata), que no se trata de un depósito bancario, condicionamiento del pago de remuneraciones a la obtención de beneficio, el riesgo de absorción de pérdidas, de perpetuidad, de orden de prelación, de mercado, de liquidación de la emisión o de variación de la calidad crediticia. La aceptación de la alta rentabilidad generada (104.798,56 euros, documento 5) implicaría un conocimiento del producto. La crisis económica posterior que llevó al cierre del mercado y las medidas públicas aprobadas es la causante de la situación y no la actuación contractual de la demandada. Se admite el canje automático de 16 de abril de 2013, un acto administrativo impuesto, contra el



que en su caso cabría un recurso contencioso administrativo. No se habría producido un error o, en su caso, sería inexcusable. No se ha prestado un servicio de asesoramiento, sino que meramente se ejecutó una orden de inversión. Se habría producido la confirmación del contrato. La infracción de la normativa de mercado de valores alegada no implica la nulidad civil, sino en su caso las sanciones administrativas correspondientes. La acción resolutoria del art. 1124 CC no sería viable, al no haberse incumplido ninguna de las obligaciones contractuales, puesto que se alega insuficiente información previa, sin que se haya prestado un servicio de asesoramiento.

CUARTO.- Naturaleza de las participaciones preferentes. Como recoge la SJPI, 1 de Mataró, del 05 de Febrero del 2013, de modo exhaustivo y sintético, *“las participaciones preferentes se encuentran reguladas a través de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (...). El pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. (...) No otorgan a sus titulares derechos políticos. (...) Tienen carácter perpetuo (...) Cotizan en mercados secundarios organizados. En los supuestos de liquidación o disolución (...) se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora (...) y delante de los accionistas ordinarios. (...) Las participaciones preferentes tienen jurídica y contablemente en los balances de la entidad que las emite una función eminentemente financiera por disposición legal, equiparable a la función del capital social de la entidad y demás elementos componentes del patrimonio neto, es decir, computa como recursos propios de la entidad de crédito emisora, muy distinto y distante al concepto de depósito a plazo o vista (pasivo de la entidad) del que proceden los fondos y que determina que el dinero invertido en las mismas esté sujeto por disposición legal y de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión. Por ello, la función financiera legal de la participación preferente es incompatible con la propia de las obligaciones y demás valores de deuda (depósitos de los ahorradores en las entidades de crédito) porque éstos incorporan una deuda jurídicamente real del emisor y tienen el tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo. El nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor y por ende no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora tal y como dispone la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 que obliga a que el dinero captado mediante participaciones preferentes "ha de estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable." La participación preferente es una clase de valor negociable que ha sido profusamente emitida por las entidades de crédito en los últimos años como parte de su estrategia dirigida al saneamiento de sus balances ante la severa crisis financiera que les afecta. El objetivo*



que perseguían las entidades de crédito con la emisión de participaciones preferentes era sistemáticamente la de transformar en patrimonio neto el pasivo representado por el dinero que los suscriptores de aquéllas mantenían en régimen de contratos de depósito bancario de donde han sacado la mayor parte de las inversiones que las mismas representan, especialmente del dinero del pequeño ahorrador o cliente minorista captado a través del personal de sus respectivas oficinas, con las que el ahorrador mantiene un estrecho margen de confianza que se han visto convertidos, muchas veces sin pretenderlo, de ahorradores clásicos a financiadores de riesgo". Destaca esta resolución como notas definidoras de este producto:

La rentabilidad condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora;

La no atribución de un derecho a la restitución de su valor nominal (se trata de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento);

La liquidez únicamente mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice;

Un nivel de seguridad en la recuperación de la inversión equiparable al de las acciones, si bien el orden de prelación del crédito se sitúa legalmente detrás de todos los acreedores (es decir, en caso de liquidación de la entidad de crédito emisora la recuperación del dinero invertido en participaciones preferentes exige el previo y completo pago de la totalidad de los créditos de los acreedores).

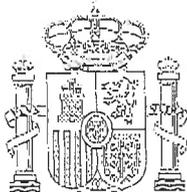
Así, se trata de un valor de riesgo equiparable a las acciones, pero incluso los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora.

QUINTO.- Caducidad o prescripción sanatoria. Alega la demandada que se habría extinguido la acción por la prescripción sanatoria del artículo 1301 CC. Según dicho artículo, "la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato". La cuestión clave reside en fijar el día inicial del cómputo. Recoge tajantemente la STS, Civil sección 1 del 11 de Mayo del 2007, al analizar la postura de una de las partes, que "adolece del error patente de confundir la consumación del contrato, término inicial del cómputo para el caso de dolo según el art. 1302 CC, con su perfección". Por otro lado, la STS, Civil sección 1 del 11 de Junio del 2003, desarrolla este posicionamiento y precisa que "en orden a cuándo 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".

SEXTO.- Pues bien, acogiendo esta línea interpretativa, el CC fija de modo genérico el inicio del plazo al referirse a la noción de consumación, sin mayor concreción. Es la jurisprudencia la que debe concretar en cada caso cuándo se inicia el plazo, lo que es lógico si tenemos en cuenta que la anulabilidad puede afectar a una gran diversidad de contratos, con características específicas y distintos modos de operar y desplegar sus efectos en el tiempo, lo que lógicamente afecta a la determinación del momento en que pueda considerarse consumado un contrato. Es en este punto donde debe insertarse la especial naturaleza de un producto como las participaciones preferentes (vinculado al mandato u orden de compra o venta de las mismas): ciertamente, si nos centramos únicamente en el contrato de mandato u orden de compra (con independencia de su objeto), sus obligaciones principales pudieron agotarse en la ejecución de la orden y la entrega del título. Por el contrario, si se analiza la cuestión en términos de consumación, pero respecto del objeto del contrato y de las obligaciones (o, más bien, efectos) derivadas de su propia naturaleza indefinida (perpetua o ilíquida, requerida de venta posterior en un mercado especial, sin perjuicio de poder ir generando rendimientos mientras tanto), se observa la dificultad de apreciar una estricta consumación. Ello se debe a la elevada especialidad del producto, que más que de un producto bancario se trata de una inversión en capital de la misma

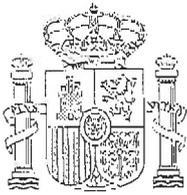


sociedad que ofrece el producto o de otra, con independencia de que el emisor de los títulos pueda ser una filial, cuestión ésta irrelevante desde la perspectiva del cliente o consumidor. Planteada en estos términos la cuestión, difícilmente puede determinarse cuándo se inicia el plazo tras la consumación. Es en definitiva la propia naturaleza del producto (una inversión en capital y no un producto o servicio bancario en sentido estricto) la que excluye el transcurso del plazo indicado, por lo que se desestima la excepción por caducidad.

SÉPTIMO.- Convalidación. La parte demandada alega, además del transcurso del plazo de cuatro años (cuestión ya resuelta), la convalidación o confirmación del contrato. Establece el artículo 1309 que *"la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente"*; el artículo 1310 CC que *"Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el art. 1261"*; el artículo 1311 CC que *"la confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo"*; el artículo 1312 CC que *"la confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad"* y el artículo 1313 CC que *"la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración"*.

OCTAVO.- Actos propios. Relacionada con esta cuestión se halla la doctrina de los actos propios, en atención a que el producto ya generó efectos y rendimientos, que fueron conocidos por la actora por medio de las liquidaciones que se iban emitiendo. A estos efectos, el principio general del derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos debe entenderse en el sentido de que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter transcendental o por constituir concreción, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o, aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Recoge la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera ley del Código civil de Catalunya, en su artículo 111-8 (actos propios) que *"nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual"*.

NOVENO.- Pues bien, la institución de la convalidación o confirmación del contrato no presenta una naturaleza formal (derivada de razones de seguridad jurídica) como la del plazo de caducidad ya analizado, sino que presupone que un contrato puede generar



efectos a pesar de adolecer de un vicio que invalide su consentimiento e incluso a pesar de que la parte legitimada inste la ineficacia del contrato, y ello en atención a que, desde un punto de vista material, la actuación contractual de las partes y la información de que han dispuesto tras la perfección del contrato permite inferir que han tendido conocimiento del significado y efectos del contrato y los han aceptado de modo claro o concluyente y durante un periodo de tiempo de suficiente entidad para poder afirmar que la parte cuyo consentimiento se vio viciado renuncia a su posible alegación o, en otros términos, acepta la eficacia del contrato, con independencia de que pudiera haberse producido un vicio invalidante al tiempo de su perfección. Cuando se hace referencia a la naturaleza material de la institución de la convalidación quiere significarse una conciencia real y efectiva por la parte (tras la firma del contrato, aunque esta firma estuviese viciada) de las características tanto del producto como del error o vicio en el consentimiento en que incurrió, a pesar de lo cual acepta durante un determinado periodo de tiempo y con actos concluyentes los efectos del contrato, conducta que permite inferir las consideraciones ya indicadas. Por ello, hasta que no se dé esa conciencia de la naturaleza del objeto del contrato y del núcleo del error en el que pudo incurrirse, difícilmente puede apreciarse una estricta confirmación del mero hecho de aceptarse efectos parciales o fragmentarios del contrario.

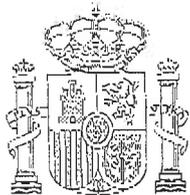
DÉCIMO.- Puesto que en estos casos no suele disponerse de prueba directa de la conciencia de las partes o la que se tiene se articula a través del interrogatorio de parte (con una fuerza probatoria necesariamente débil, si bien en el presente caso no se ha dispuesto ni siquiera de este medio de prueba, al no ser propuesto por la parte demandada), debemos acudir a elementos indiciarios que permitan inferir si en un momento determinado de la vida del contrato la parte que alega la anulabilidad tenía ya conciencia de la naturaleza y características específicas y relevantes de su objeto y a pesar de ello continuó aceptando los efectos. En el presente caso disponemos de las liquidaciones emitidas durante la vida del contrato, no negadas por la parte actora, que precisamente en el suplico indica que deberán compensarse o deducirse las liquidaciones positivas percibidas. De ello podemos extraer efectivamente que la parte actora tenía conciencia de este efecto del producto contratado (rendimiento regular y variable a lo largo del tiempo), pero inmediatamente constatamos que se trata únicamente de uno de los efectos parciales y fragmentarios del contrato y precisamente de los menos relevantes a los efectos de la controversia y el error alegado, que se refiere a otras notas o características del producto que no se manifiestan en absoluto en la mera emisión de liquidaciones regulares. En efecto, estas liquidaciones (el hecho de generar rendimientos) son un efecto general y propio de muchos productos bancarios (sin perjuicio de las especificidades de cada uno), por lo que su mero conocimiento y conciencia por los actores (hecho no negado) no permite inferir una conciencia de la naturaleza específica del producto. Estas circunstancias no permiten por sí mismos concluir que debieron reflejar y provocar la conciencia de la actora en cuanto a las notas respecto de las cuales se proyectó el error por un posible déficit de información: en concreto, que se trataba de una inversión estricta, de



adquisición de títulos de capital de una sociedad filial (al parecer, domiciliada en un paraíso fiscal, de lo que no se informaba), de la vocación de permanencia o perpetua de este tipo de inversión, de la iliquidez y necesidad de venta para su recuperación (en una mercado con unas especiales características) y, especialmente, de las especiales condiciones en que, por tratarse de una inversión o inyección de capital de la sociedad bancaria filial, podía producirse la pérdida total del capital (de la inversión). En definitiva, este conjunto de características que configuran la naturaleza y riesgo propio del producto en absoluto se ponen de manifiesto con la emisión de liquidaciones periódicas, o con la mera venta de parte de las inicialmente adquiridas, lo que excluye cualquier posible convalidación o confirmación del contrato, por lo que se desestima este motivo de oposición.

DECIMOPRIMERO.- Error. Según el artículo 1265 CC *“será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*. Según el art. 1266, *“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”*. No define el CC el error, que podemos entender como la equivocación o falsa representación de algo. Para que el error en el objeto pueda ser determinante de la invalidación del contrato, debe presentar varios requisitos: a) Ser esencial: que la cosa objeto de contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica atendida la finalidad de dicho contenido, motivó la celebración del mismo. b) No ser imputable al que lo padece (excusabilidad del error): que no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante; este elemento está vinculado con los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, derivables del art. 7 CC.

DECIMOSEGUNDO.- Normativa bancaria. La Directiva 2004/39 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21. de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, fue incorporada al Derecho español mediante la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en su modificación por la Ley 42/2007, de 19 de diciembre). Por otro lado, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39 en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, contiene precisiones referentes a la evaluación de la idoneidad y conveniencia del servicio proporcionado, establecidas, respectivamente, en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39. Ciertamente, no se trata de aplicar la normativa de mercado de valores hasta sus últimas consecuencias (sanciones de naturaleza administrativa), sino de tenerla en cuenta para delimitar cuál era el grado exigible de diligencia a la demandada al ofertar el producto a la actora, en la medida en que ello pueda ser relevante respecto del eventual error de la actora, pretensión cuyo fundamento se basa en la normativa general de obligaciones contenida en el Código civil estatal y no en la



normativa especial del mercado de valores. Pues bien, de la Ley 24/1.988 de 28 de febrero, del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2.007, de incorporación a nuestro Derecho de las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE, cabe destacar los siguientes preceptos relativos al capítulo de normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión:

Art. 78 bis (clases de clientes): las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. (...) Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. 3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional: (...) c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones (...) 4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales;

Art. 79 (obligación de diligencia y transparencia): las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, (...);

Art. 79 bis. (Obligaciones de información): las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. (...) La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. (...) 5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes. (...) 7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o



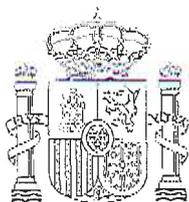
el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es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

Art. 79 quáter (excepciones a las obligaciones de información y de registro): lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

DECIMOTERCERO.- STS, Civil sección 1 del 20 de enero de 2014: deberes de información y asesoramiento. Por su trascendencia, se reproducirán extensos apartados de la STS, Civil sección 1 del 20 de enero de 2014, que se centra en los deberes de información y asesoramiento, con independencia de que lo haga desde la perspectiva de la permuta financiera:

“Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto. (...) Estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación



objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3). El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas". En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta



evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

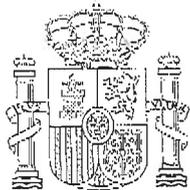
Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...). c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la 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 " a

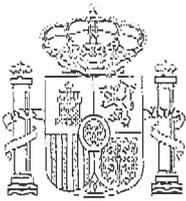


prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación 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. (...) 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".

DECIMOCUARTO.- STS, Civil sección 1 del 20 de enero de 2014: error vicio en el consentimiento. La propia STS, Civil sección 1 del 20 de enero de 2014, sigue indicando que "del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato. En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]". (...) La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un



elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas -y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.



Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación. De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente. (...) La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo".



DECIMOQUINTO.- SAP, de Barcelona, Sección 17, de 30 de enero de 2014. Según la SAP, de Barcelona, Sección 17, de 30 de enero de 2014, que se centra en el análisis de las participaciones preferentes, puede calificarse *"la adquisición de participaciones preferentes como contrato "complejo" desde un punto de vista legal, es decir, no sólo como consideración doctrinal o judicial. La segunda consecuencia jurídica de la aplicación de las citadas normas a este tipo de contratos determina la exigibilidad a quien los ofrece en el mercado de las especiales obligaciones informativas que se prevén en tales textos legales y que, en líneas generales, tienden a imponer a las entidades que ofrecen estos productos financieros una conducta informativa que permita asegurar que el cliente adopta sus decisiones con pleno conocimiento de causa. Conviene mencionar que el Tribunal Supremo (TS), en Sentencia de Pleno de 18 de abril de 2013, ha concretado cuál ha de ser el estándar de información exigible a las empresas que operan en el mercado de valores en relación con las previsiones del art. 79 y actual 79 bis de la LMV; en este sentido el TS establece doctrina que le lleva a considerar que "las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito" , para concretar a continuación que deben facilitar "información completa y clara" y que entre "las exigencias de claridad y precisión en la información" se debe entender comprendida la necesidad de alertar "sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva". Además, el TS expresamente indica que esa obligación de información legalmente requerida se debe traducir en una obligación activa de las empresas que actúan en este ámbito, y no de mera disponibilidad. Las anteriores normas determinan, además, que corresponda a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos, es decir, por una elemental aplicación del principio de facilidad probatoria (ex. art. 217 LEC), la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quien se ampara en la realidad de dicha información. Sentado lo anterior, dado que el debate pivota sobre el análisis del comportamiento de la entidad bancaria, aquí apelante, en orden a determinar si pudo inducir a la actora a error que invalidara su consentimiento, debemos advertir que, si bien es cierto que el incumplimiento del deber reforzado de información que recae sobre la entidad de inversión no supone, sin más, la concurrencia de error ni implica una presunción de que éste se ha producido, correspondiendo a quien lo invoca la carga de acreditar su concurrencia, tal y como alega la parte recurrente, no puede desconocerse tampoco que el hecho de que no se prestara la información necesaria constituye un elemento importante para entender que el consentimiento del cliente no estuvo bien formado. En este sentido, debe señalarse que el error, como vicio del consentimiento , tal y como resulta de lo previsto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil (CC), puede ser definido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida".*

Concreta esta resolución que *"atendiendo a la literalidad del contrato, a criterio de esta Sala dicho documento no expresa de forma clara y fácilmente comprensible las condiciones esenciales y los efectos ordinarios que para cada contratante se derivan del contrato y, mucho menos, los riesgos que el mismo entrañaba para la actora. Así, en la orden de compra aportada, como hemos señalado al enunciar los hechos acreditados, no se define la dinámica del contrato, y las únicas referencias que se contienen con respecto al mismo es la calificación, al definir el perfil del producto, de que se trata de un producto "agresivo", y que viene indicado para "inversores que busquen una rentabilidad de renta variable con un horizonte superior a tres años y que estén dispuestos a asumir disminuciones a corto plazo de la inversión y mayor volatilidad"; con ello únicamente se pone de manifiesto, de manera genérica, que se trata de*



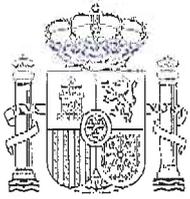
un producto de riesgo, pero en ningún caso se especifica su mecánica ni, por ende, de qué factores depende el riesgo supuestamente asumido. Es más, no consta tampoco acreditado que CATALUNYA BANC entregara a la actora los folletos explicativos del producto. Así, el folleto simplificado, denominado "folleto informativo de la 1ª emisión de Participaciones Preferentes", acompañado por la demandada junto a su escrito de 28 de diciembre de 2012 por el que adjuntaba la documentación que le había sido requerida como prueba anticipada y que obra al folio 85 de las actuaciones, aunque se dice que había sido entregado a la actora, lo cierto es que no aparece suscrito por la misma en prueba de su recepción, (...). Todos estos datos nos llevan a concluir que se trataba sin duda de un contrato complejo para cuya comprensión no bastaba con la literalidad del documento en que se plasmó, dificultad de comprensión que por tanto no era posible salvar a partir de la mera lectura de dicho documento, a excepción de que el cliente fuera un experto en productos financieros complejos, lo que, como expondremos, tampoco nos consta acreditado en el supuesto de autos. Así las cosas, estimamos que esa complejidad inherente al contrato suscrito sólo podía ser superada si la entidad bancaria oferente del producto hubiese proporcionado cumplidamente la información necesaria en los términos antes consignados que le impone la normativa sectorial reseñada, debiendo insistirse, además, en que la carga de probar que dicha información fue suministrada en esas condiciones, corresponde a la entidad bancaria, tanto por tener legalmente atribuido dicho deber de información, como por aplicación del principio de facilidad probatoria" (...). En otro orden de cosas, para establecer si la información prestada reúne las condiciones necesarias que permitiesen una correcta formación del consentimiento de la actora, se debe atender también a las condiciones subjetivas de esta última, esto es, a sus circunstancias concretas de experiencia, nivel de estudios o contratación previa de otros productos. En este sentido se debe poner de relieve, ante todo, que la actora debe ser calificada, sin duda, como un cliente minorista, que, además, ostenta la condición de consumidora y, por ello, merecedora de la máxima protección".

DECIMOSEXTO.- Declaración testifical. La parte demandada, por legítima estrategia procesal, no propuso el interrogatorio del actor, lo que se hallaba a su disposición y a pesar de la relevancia de la prueba, al ejercitarse una acción de error en el consentimiento. De todos modos, disponemos de la testifical del Sr. , que fue el director de la oficina. Se da la circunstancia de que ya no mantiene relación laboral con la demandada, lo que innegablemente diluye el interés que puede tener en el resultado del juicio y tal vez haya habilitado que algunas de sus respuestas puedan reforzar la tesis de la actora, en el sentido de que la información dada no fue ni suficiente, ni exhaustiva, ni clara en cuanto a las verdaderas características y riesgos del producto. De sus declaraciones cabe destacar lo siguiente: que era el director de la oficina; que trató con el actor casi desde el principio; que había relación de confianza e incluso cordialidad entre ambos, como demuestra el hecho de que a veces se hacían regalos (aceite de oliva de Jaén); el actor es una persona muy tradicional y no utiliza móvil ni tarjetas; le comentó la enfermedad que padecía; su perfil era bastante conservador, con riesgo minimizado; no había contratado productos de riesgo e incluso había rechazado la adquisición de acciones; la mayoría de las inversiones se las recomendaba él, y, en concreto, también las PP objeto del proceso; ha indicado el



testigo que la comercialización se produjo en varios días, ya que primero se entregó el dístico y en una segunda reunión se firmó la compra; admite que se ofreció la posibilidad de cancelar los depósitos a plazo sin penalización, si ello era para adquirir PP; el riesgo del productos estaba, "para entonces", muy minimizado, ya que el mercado secundario operaba con agilidad (lo que era esencial para compensar su carácter vitalicio), por lo que en ese momento no eran previsibles problemas de solvencia de la entidad; de modo especial, ha admitido el testigo que tenían presiones para comercializar este producto, hasta el punto de que recibían entre 4 ó 5 llamas al día por parte del director de zona para ver qué importe habían colocado; en la comercialización no se entraba en detalles como el significado de "PP" ni en otros riesgos, ya que se trataba de un producto estable, que no generaba dudas; tampoco se indicaba que se trataba de un producto híbrido de capital; sí que se indicaba que había riesgo de no cobrar dividendos, pero como ello dependía de la solvencia de la entidad y ésta no se ponía en duda, no se insistía en ello; por este motivo "había temas que se obviaban" e incluso el mismo testigo ha admitido que él mismo desconocía el riesgo de pérdida total de la inversión; no comentaron nada del Fondo de Garantía de Depósitos, lo que no se hacía, con carácter general, en operaciones de más de 100.000 euros, no cubiertas; tampoco informó que los títulos los emitía una entidad diferente a la demandada, ni que se trataba de fondos propios, extremos en los que no se profundizaba en las ventas; informó que la liquidez era en 24 o 48 horas; no informaron de la posibilidad de suspensión del mercado, ni explicó al actor escenarios posibles; no incidió en los riesgos que especifica el folleto, como los del orden de prelación, de absorción por pérdidas o de calificación; cuando bajó la calificación de la demandada, el testigo no recibió instrucciones al respecto; cuando se realiza una segunda compra, ya no se vuelve a realizar el test, que se ha realizado antes; simplemente se firma la orden de compra; los documentos que se entregaban eran el dístico, el test y la orden; se leían las preguntas del test, pero admite el testigo que se indicaban las respuestas para permitir la venta del producto; si se hacía un test, como el de conveniencia, ya no se hacía el otro, el de idoneidad; normalmente los clientes efectuaban consultas sobre producto en cuanto al pago de dividendos y el mercado secundario; la rentabilidad era del 7%, muy superior al plazo fijo; ha concluido el testigo indicando que "la entidad nos abundó encarecidamente, por bondad del producto, que gestionáramos todos los plazos fijos para pasarlo a preferentes".

DECIMOSÉPTIMO.- Documentos. Lo expuesto por el testigo es suficiente para apreciar que la información dada fue insuficiente y no exhaustiva, en relación con la complejidad del producto y el perfil del actor (calificado como conservador en la misma documentación generada por la demandada). Lo manifestado por el comercializador es determinante en cuanto a la iniciativa (presión, de hecho) para la venta del producto, la mecanización y parcialidad de la información verbal dada y la escasa profundidad con que se realizaba el test, más pensado como una formalidad necesaria como paso previo a la suscripción del producto que como un acto



sustancialmente relevante para prevenir la suscripción de productos inadecuados para el perfil del cliente. De hecho, llama la atención hasta qué punto la iniciativa pudo ser claramente de la demandada, puesto que la operación se articuló cancelando un depósito a plazo sin que se generara penalización, al renunciar a la misma la demandada, claro está, con el condicionante de que se destinara el importe a preferentes, como ha indicado el testigo, que, no hay que olvidar, implicaban la transformación de un pasivo en un recurso propio, lo que indudablemente genera un eventual conflicto de intereses que exige al menos la constancia de una información y advertencia clara, exhaustiva y comprensible. A pesar de la claridad aportada por la testifical, conviene poner de manifiesto algunas consideraciones sobre los documentos aportados, que no dejan de reforzar la tesis favorable al vicio en el consentimiento por error provocado por una deficiente información. Así, las fechas de los documentos de la operación de 2009 coinciden en todos los casos, por lo que no puede afirmarse que se dispusiera del tiempo necesario para su examen, si bien es cierto que el testigo ha indicado que se produjo una primera reunión en la que se entregó parte de la documentación, aunque este extremo no se refleja debidamente en la fecha del documento. El test de conveniencia está informatizado o mecanizado, lo que permite poner en duda que fuera cumplimentado por el mismo cliente, especialmente si tenemos en cuenta lo manifestado por el testigo. A ello debe añadirse que está firmado únicamente al final, en una página en la que no se transcriben preguntas ni respuestas, lo que aumenta las dudas de que el actor fuera realmente consciente del objeto y finalidad del documento en cuestión. En cuanto al tríptico, si bien es cierto que se refiere a los riesgos del producto, debe acudirse a lo manifestado por el testigo en cuanto a la información verdaderamente transmitida, a lo que debe añadirse que, de nuevo, únicamente aparece firmado al final y es de la misma fecha que la suscripción. También es de la misma fecha el documento de reconocimiento de tener información del producto, al que, por su propia naturaleza unilateral y por su contradicción con el resultado de la testifical, no puede otorgársele fuerza probatoria alguna, más allá del hecho de haber sido firmado por el actor. En definitiva, el resultado de la testifical y las relevantes deficiencias de los documentos informativos aportados permiten concluir que concurre un vicio en el consentimiento invalidante del contrato, con los efectos que se detallan a continuación.

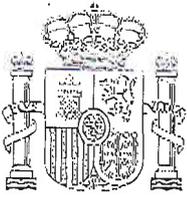
DECIMOCTAVO.- Efectos de la nulidad. La nulidad del contrato implica la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido su materia con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del CC). Las partes deben volver a la situación personal y patrimonial anterior, lo que supone la recíproca devolución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de la actora en aplicación del contrato, es decir, con el efecto compensatorio correspondiente en cuanto a los rendimientos obtenidos por el actor. De no recogerse esta previsión podrían producirse, en efecto, situaciones de enriquecimiento injusto a favor de la actora. En cuanto a los intereses, debe fijarse el inicio desde las respectivas fechas de las órdenes de compra. El efecto restitutorio



debe incluir una indemnización por la falta de disposición del importe invertido en el contrato nulo y, a falta de cualquier otro parámetro, debe acudir al interés legal. Asimismo, en cuanto al canje obligatorio, debe entenderse igualmente afectado, al formar parte y encuadrarse en la misma situación invalidada. No son sino actos o pasos contractuales posteriores para intentar eludir parte de los efectos del contrato principal viciado, con lo que el efecto restitutorio debe alcanzarles, según la doctrina jurisprudencial indicada a continuación.

DECIMONOVENO.- Propagación de los efectos de la nulidad. Según la STS, Civil sección 1 del 17 de junio de 2010, *"el Anexo II, suscrito por la mayoría de los afectados por la E-20 (declarada nula por su carácter abusivo y por falta de claridad y transparencia, la cual había conducido a pérdidas inesperadas) implicaba enjugar el importe de la cantidad perdida -y percibida por Caja Rural- conforme a la cláusula M declarada nula; comportaba unas condiciones de la misma naturaleza que las condiciones del primer anexo; y era consecuencia de éste. De estos hechos se desprende que las ventas y depósitos de acciones contratadas por diversos clientes con posterioridad a las pérdidas sufridas por la E-20 presuponían en la voluntad de los contratantes la subsistencia de las pérdidas experimentadas en el primer contrato, puesto que constituían un instrumento que, siendo de condiciones similares, se ofrecía a los interesados para enjugar unas pérdidas que se consideraban definitivas sin serlo. En efecto, en la hipótesis de no haberse producido las pérdidas originadas por el primer contrato por haberse hecho patente y efectiva desde el primer momento la nulidad de que adolecía resulta indudable que no se hubieran celebrado los posteriores contratos. Éstos únicamente tenían por objeto enjugar las pérdidas producidas por aquél. Los contratos posteriores presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Estos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos. En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad"*.

VIGÉSIMO.- Como recoge la SJPI, 1 de Mataró, del 24 de abril de 2013, *"la declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas debe extenderse también al negocio jurídico de canje por acciones, de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos. Nuestra Jurisprudencia, desde la STS de 10 de noviembre de 1964, admite que es posible la*

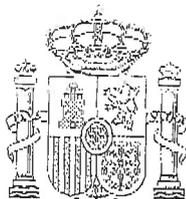


propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado inválido «no sólo cuando exista un precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior la causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido». El contrato de adquisición de valores y el negocio jurídico de canje de dichos valores por acciones del emisor están unidos por un vínculo funcional, al ser el primero de ellos el presupuesto, la causa o la base del negocio del segundo: la frustración de las expectativas de la inversión realizada a través del primer contrato, es la causa del segundo. Por lo tanto, su causa subjetiva, o motivo casualizado, asumido por ambas partes como presupuesto del negocio, es el contrato precedente de adquisición de valores. En consecuencia, siendo declarado nulo el contrato de adquisición de valores por vicio del consentimiento, la declaración de nulidad debe extenderse al negocio jurídico subsiguiente de canje por acciones, por desaparición de su causa (art. 1275 CC). (...) A la misma conclusión de la propagación de los efectos de la nulidad al negocio jurídico de canje, se llega a partir de lo dispuesto en el art. 1208 CC, para el supuesto de novación extintiva de los contratos, según el cual «la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». Dicha norma expresa el principio de la «interdependencia novatoria», en virtud del cual la obligación que se extingue -las derivadas del contrato de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas- y la que nace por efecto de la novación extintiva -la entrega de acciones de la entidad emisora- están ligadas por una relación de causa y efecto».

VIGÉSIMOPRIMERO.- Costas. El artículo 394 de la ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

FALLO

Estimo la demanda promovida por _____ contra BANKIA, S.A., con intervención voluntaria de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, y declaro la nulidad del contrato de adquisición de 5.787 títulos de participaciones preferentes suscrito por las partes en 2009 y 2010, con afectación al canje forzoso posterior y con restitución de las prestaciones recíprocas, 586.151,61 euros al actor, más el interés legal desde la fecha en que dicho importe fue puesto a disposición de la demandada; y a la demandada, los intereses percibidos por la titular, más el interés legal del dinero desde la fecha de ingreso de los mismos, con restitución a la demandada de los títulos de acciones. Se imponen las costas procesales a la parte demandada.



Notifíquese la presente sentencia a las partes personadas.

Contra la presente sentencia cabe de interponer recurso de APELACIÓN ante la Excm. Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de VEINTE días, presentando escrito en este juzgado, a contar desde el siguiente a su notificación, previo abono de la tasa legal correspondiente.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación para su unión a los autos a que se refiere, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Juez en el mismo día de su fecha, en audiencia pública, de lo que yo, el Secretario Judicial, doy fe.