

Roj: **SJPI 104/2014 - ECLI:ES:JPI:2014:104**Id Cendoj: **48020420102014100001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Bilbao**Sección: **10**Fecha: **17/09/2014**Nº de Recurso: **751/2013**Nº de Resolución: **164/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA INMACULADA LOPEZ LLUCH**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SJPI 104/2014,**
SAP BI 622/2015

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE BILBAO

BILBOKO LEHEN AUZIALDIKO 10 ZK.KO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta -C.P./PK: 48001 TEL.: 94-4016682 FAX: 94-4016980

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-13/014959 NIG CGPJ / IZO BJKN :48.020.42.1-2013/0014959

Pro.ordinario / Proz.arrunta 751/2013

SENTENCIA Nº 164/2014*JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª INMACULADA LOPEZ LLUCH Lugar: BILBAO (BIZKAIA) Fecha: diecisiete de septiembre de dos mil catorce**PARTE DEMANDANTE: Candida y Justino Abogado: ANGEL GAMINDE MONTOYA y ANGEL GAMINDE MONTOYA Procurador: JOSE MANUEL LOPEZ MARTINEZ y JOSE MANUEL LOPEZ MARTINEZ**PARTE DEMANDADA NCG BANCO S.A. Abogado: Procurador: PABLO BUSTAMANTE ESPARZA**OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD***ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.-El 7 de junio de 2013 el Procurador D. Jose Manuel Lopez Martinez, en nombre y representación de D. Justino y DÑA. Candida , presentó demanda de juicio ordinario contra NCG BANCO, S.A. (anteriormente CAJA DE AHORROS DE GALICIA-CAIXA GALICIA). El objeto de la demanda era la declaración de incumplimiento de NCG BANCO, S.A. de las obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta de participaciones preferentes, y la declaración de nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes serie "A" de CAIXA GALICIA, o subsidiariamente la anulabilidad, por error en el consentimiento en la adquisición de aquellas por parte de los demandantes. Subsidiariamente, solicitaba se declarase la responsabilidad contractual o extracontractual de la demandada en la contratación de los productos. Alegaba, en síntesis, que a los demandantes, con estudios básicos y sin conocimientos del mercado financiero, la demandada le ofreció la suscripción de un "deposito" "bueno y seguro" por el que percibirían un interés fijo un poco superior al que venían percibiendo en el plazo fijo donde tenían depositados sus ahorros, participaciones preferentes de CAIXA GALICIA, omitiendo las verdaderas características y riesgos del producto, suscribiendo dos órdenes de compra el 17 de noviembre de 2003, sin entregar el folleto informativo de la emisión, añadiendo que tras su vencimiento en 2008, no han podido recuperar.

Aducía los Fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, y terminaba solicitando que se dictase Sentencia por la que se declare el incumplimiento de NCG BANCO, S.A. de las obligaciones de diligencia,



lealtad e información en la venta de participaciones preferentes, se declare el error en el consentimiento de D. Justino y DÑA. Candida en la contratación y adquisición de participaciones preferentes objeto de la presente reclamación por absoluto desconocimiento de las características y riesgos del producto adquirido, y se declare la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes serie "A" de CAIXA GALICIA, o subsidiariamente la anulabilidad, por error en el consentimiento en la adquisición de aquellas por parte de los demandantes. Subsidiariamente, solicitaba se declarase la responsabilidad contractual o extracontractual de la demandada en la contratación de los productos. Y en consecuencia con lo anterior, se condene a la demandada a devolver a los actores los 127.200 euros invertidos, más los intereses legales devengados desde la suscripción de las órdenes de valores. De esa cantidad se descontaran las sumas que en concepto de rendimientos hayan sido abonadas por la entidad financiera a los demandantes como consecuencia del funcionamiento del contrato, con sus intereses, hasta el momento de la anulación (a determinar en ejecución de sentencia), procediéndose por los demandantes a devolver a CAIXA GALICIA los títulos adquiridos con las operaciones anuladas, con expresa condena en costas del procedimiento a la demandada.

Segundo.- La demanda fue admitida por Decreto de 12 de junio de 2013. El Procurador D. Pablo Bustamante Esparza, en nombre y representación de NCG BANCO, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda el 10 de julio de 2013 en el sentido de oponerse. Negaba la condición conservadora del perfil inversor de los demandantes, que acudieron al banco interesados en la inversión en participaciones preferentes, añadiendo que se les informó de los riesgos de fluctuación en el mercado de las participaciones que adquirieron, de todas sus características y se les entregó el tríptico informativo de la emisión, y que han percibido los rendimientos generados sin protesta alguna.

Tercero.- La Audiencia Previa se celebró el 14 de enero de 2014. En ella se intentó la conciliación sin éxito, y se fijaron los hechos controvertidos y los admitidos. Se propusieron y admitieron los siguientes medios de prueba: por la parte actora, interrogatorio de parte, documental y testifical; por la demandada, documental.

Cuarto.-El juicio oral fue celebrado el 16 de septiembre de 2014. En la vista se practicaron las pruebas admitidas; en el mismo acto las partes formularon oralmente sus conclusiones; tras lo cual, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

Quinto.-En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Pretensión del actor y naturaleza jurídica del producto.

Los demandantes solicitan la declaración de nulidad de los dos contratos de órdenes de valores para la compra de 61 y 151 participaciones preferentes CAIXA GALICIA PREFERENTES, S.A., código ES 0112805009, Emisión de 29 de diciembre de 2003 E, suscritos el 17 de noviembre de 2003, por un importe nominal de 36.600 euros y 90.600 euros respectivamente, y subsidiariamente, solicita la declaración de anulabilidad, o resolución contractual, por error en el consentimiento.

Dicha compra la realizó a través de la sucursal de la calle Gran Vía nº nº 57 de Bilbao, de la cual eran clientes desde hacía muchos años.

En la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012) el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de entidades de crédito, el Banco de España). Al hilo de la anterior definición se desprende que las participaciones preferentes son valores emitidos por alguna sociedad, a través de las cuales no confieren participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto. Por otra parte, estas participaciones tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada. De esta manera, se determinan como instrumentos de riesgo elevado. Estamos frente a un producto híbrido entre la renta fija y variable, porque no es deuda exigible por carecer de vencimiento, pero tampoco se pueden considerar acciones dado que no otorgan derecho políticos. La Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma que " *se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido* ". Su régimen o sistema de rentabilidad no es el de una deuda en sentido propio porque su devengo está legalmente supeditado a los resultados del emisor, e incluso su pago puede depender de la decisión del órgano de administración de este. Su liquidez queda eliminada ipso facto ante situaciones que determinen la desactivación de su sistema de rentabilidad. Su seguridad (como posibilidad real de recuperación de la inversión) depende de su nivel de liquidez bajo condiciones de normalidad



y regularidad en el pago de su sistema de rentabilidad o en su caso de la existencia de remanente patrimonial suficiente para atender su pago una vez pagada la totalidad de los créditos de los acreedores del emisor.

La SAP de Gijón de fecha 29 de julio de 2013 los califica de " *productos complejos, volátiles, híbrido a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que suelen considerarse como "cautivas", y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se colocara prácticamente al final de la orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotaparticipes (apartado h de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985 , según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio) "* (SJI 12 de Bilbao, de fecha 2 de octubre de 2013).

Segundo.-Información proporcionada por CAIXA GALICIA (ahora NCG BANCO, S.A.).

La SAP de Ourense, Sección 1ª, de 31 de julio de 2014 , sobre un litigio en que el cliente adquirió participaciones preferentes CAIXA GALICIA, cuyo contrato de orden de valores se suscribió en fecha cercana al de autos, 5 de noviembre de 2003, y que fue declarado nulo por el juzgado de instancia cuya sentencia confirma, argumenta al respecto lo siguiente:

" *Respecto de esta clase de contratos, cuando son concertados con **consumidores**, sin perfil de inversor, sino de ahorrador, como es el caso, siendo el capital invertido el producto de los ahorros de los actores obtenidos en la emigración, esta Sala ya ha señalado, que las entidades financieras deben extremar su deber de información debiendo ser especialmente diligentes los profesionales financieros en el cumplimiento de su obligación de informar, de forma clara y precisa al tiempo de contratar, habida cuenta que se trata de instrumentos financieros muy poco adecuados al perfil de esta clase de inversores.*

Así ha señalado que, "se trata de un instrumento financiero comprendido expresamente en el art. 2 de la Ley de Mercado de Valores , respecto del cual era plenamente exigible la obligación de diligencia y transparencia establecida en el art. 79 de la misma Ley y el deber de información también legalmente previsto en el art. 79 bis de la misma. La naturaleza de tal producto financiero imponía a la entidad bancaria demandada, para una adecuada formación de voluntad de los demandantes, en orden a prestar un consentimiento rectamente formado, de una información precisa y completa, especialmente trascendente en la fase precontractual, que no es otra cosa que adecuar su actuación a los dictados de la buena fe, que rige muy especialmente en esta clase de negocios jurídicos, y exigible con arreglo a lo dispuesto en el art. 7 del C. Civil .

*Más aun cuando se contrata con **consumidores** o minoristas, sin asesoramiento, de escasa formación y nulos conocimientos financieros, por la posición contractual dominante de la entidad bancaria, con mejor conocimiento del mercado. Exigencia más rigurosa en la legislación vigente, tras la reforma de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, Decreto 217/2008, consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva MIFID-2004/39 de 21 de Abril.*

El art. 79 bis de la LMV en su actual redacción establece, que "la información dirigida a los clientes debe ser imparcial, clara y no engañosa"; abarcar "los gastos y costes asociados de modo que 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 referente a los instrumentos financieros, incluirá, "orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos".

También ha declarado en su sentencia de 25 de abril de 2014 , entre otras, "que le es exigible ese especial deber de información y diligencia ya previsto en el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (24/1988 de 28 de julio) conforme al cual, "las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 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. 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 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".

Correspondiéndole la carga de acreditar, que había mediado un correcto asesoramiento e información en la fase previa de formación de la voluntad, al profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es



la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. Por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 26 de abril de 2006).

La actual normativa que regula el mercado de valores (en sus artículos 78 bis y 79 bis) distingue respecto de su cumplimiento, entre clientes profesionales y los restantes. Estableciendo, que tendrán tal consideración aquéllos en quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos.

El art. 79 bis en su apartado 6, in fine, determina que, en el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. Puesto que lo relevante a efectos de apreciar la nulidad de los contratos por concurrencia de error como vicio del consentimiento, es determinar si al ser otorgado estaba cabalmente formado, atendiendo al nivel de formación del contratante, experiencia y condición de las personas".

Dicho ello, tenemos que en nuestro supuesto, no consta que la entidad demandada proporcionase información suficiente al matrimonio demandante sobre cuál era la naturaleza real del producto que contrataba, que ya hemos calificado de especialmente complejo, perpetuo y que no garantiza la devolución del principal ni una rentabilidad segura.

En cuanto al perfil de los contratantes, el Sr. Justino y la Sra. Candida únicamente cursaron estudios de primaria, hasta los 12 años (doc. nº 2 demanda), habiendo prestado servicios el esposo como chofer para Transportes Colectivos, S.A. desde el año 1971 hasta el año 2011 en que se jubiló, y la esposa, como limpiadora para diversas empresas de limpieza, actualmente en desempleo (doc. nº 3 y 4 demanda). En cuanto al perfil inversor, únicamente consta que suscribieron unas acciones de Endesa que se vendieron al poco tiempo, y dos depósitos a plazo fijo, que vencían a finales de 2003, con cuyos fondos adquirieron los esposos las participaciones preferentes de autos, por lo que se puede afirmar que carecían en absoluto de conocimientos financieros, y mucho menos de productos complejos como las preferentes.

En cuanto a la documentación que se les proporcionó a los demandantes por parte de la sucursal en Bilbao de Caixa Galicia, consta que suscribieron los documentos nº 5 y 7 del escrito de demanda en fecha 17 de noviembre de 2003, consistentes ambos en un folio denominado "orden de valores", que describía el tipo de operación como "suscripción", y describía el valor adquirido como "part. Preferentes Caixa Galicia preferentes, S.A., EM. 29-12-2003", e incluyendo dos cláusulas. En el anverso de la orden de compra se indicaba, dentro del apartado

" otras condiciones ", mecanografiada y sin ser objeto de aceptación específica, la siguiente indicación: " Caja de Ahorros de Galicia informa al ordenante de que los valores reseñados en el recuadro 10 son participaciones preferentes emitidas por Caixa Galicia Preferentes S.A.U., de carácter perpetuo, sin derechos políticos salvo en los supuestos descritos en el Folleto Informativo, con derecho a percibir una remuneración preferente variable no acumulativa, condicionada a la existencia de beneficio distribuible en los términos igualmente indicados en el Folleto Informativo, cuyo pago está garantizado solidaria e irrevocablemente por Caja de Ahorros de Galicia ".

Más abajo, con la firma del comprador al pie, se hace constar:

" El abajo firmante, ordenante de la operación de valores precedente, hace constar que conoce el significado y trascendencia de la presente orden, que recibe copia de la misma y, del correspondiente tríptico informativo y que ha sido puesta a su disposición una copia del Folleto Informativo de la emisión. Hace constar igualmente haber recibido copia de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles en la operación, así como de las normas de valoración y plazos de puesta a disposición de los fondos y valores. A la presente orden le serán de aplicación las condiciones generales que figuran al dorso ".

En el reverso, se hacen constar igualmente una serie de condiciones generales sin interés para el pleito, salvo la segunda, en la que se especifica que el ordenante está vinculado a un " contrato de depósito y administración de valores firmado por este con la caja al cual se remiten ambas partes en cuanto a la regulación de las relaciones establecidas mediante la operación ordenada ". Este contrato se aportó por el Banco de España a los autos tras el oficio remitido, y tiene fecha de 27 de febrero de 2004, y es de duración indefinida.

Como se puede apreciar a la vista de los documentos de compra de valores, en ninguno se hace constar los elementos esenciales del contrato suscrito: plazo de vigencia, condiciones de los intereses remuneratorios, la posibilidad de rescate, si el nominal de la inversión se encontraba garantizado, o el significado del carácter preferente de las participaciones. Únicamente refleja el número y precio de las participaciones adquiridas y su carácter perpetuo con derecho a percibir una remuneración preferente variable no acumulativa, que es como



no decir nada, para una persona ajena a la terminología financiera, como lo son el matrimonio demandante que suscribió la orden de valores, o incluso para esta Juzgadora.

Por ello, no cabe sino concluir que en las dos órdenes de valores no existe información alguna, ni tampoco existe razón alguna que explique porqué motivo la entidad bancaria no incluye aquella información en el documento que sirve de orden de compra. No solo garantizaría la adecuada información al cliente, sino también que la entidad pudiera acreditar que no se omitió el deber de informar de forma clara y suficiente por su parte. Y sin embargo, es la demandada, al redactar el documento la que decide no hacer mención alguna a las características del producto, limitándose a mencionar que existe un folleto informativo o tríptico del que supuestamente ha recibido copia el cliente.

Pero es que además, no queda acreditado que se le entregara a los actores el folleto informativo/tríptico de la emisión inscrito en los registros de la CNMV. La parte actora niega que se le entregara mayor documentación que la aportada como doc. nº 5, 6 y 7, y la demandada no ha acreditado que lo entregara. Es cierto que adjunta como doc. nº 2 de su escrito de contestación un documento denominado "*resumen del folleto informativo*", que no coincide con el especificado en la orden de valores ("*Folleto Informativo de la emisión*"), correspondiente a la emisión de participaciones preferentes serie A de octubre de 2003, y que por lo tanto tampoco es la de autos, de diciembre de 2003.

La entidad demandada afirma que por parte de la sucursal se le facilitó toda la información precisa y se le entregó el folleto informativo que adjunta, a fin de que los actores adoptaran su decisión inversora en plenitud de facultades volitivas, tanto de forma verbal, como mediante la entrega de aquel folleto en el acto de la compra de valores. Pero para ello, solo se vale de la documental que ya hemos dicho no acredita lo que afirma.

Más bien al contrario, en el acto del juicio, de la prueba testifical de los empleados Sr. Cristobal y Sr. Estanislao , se extrae la conclusión contraria (prueba que fue propuesta por la parte demandante).

Don. Cristobal , jubilado del banco desde hace nueve años de su puesto de Jefe Comercial, afirmó que cualquier producto que quisieran ofrecer por parte de la entonces caja de ahorros a los demandantes, a quienes conocía desde hacía 30 años, lo hacía el, pero que no recordaba como adquirieron las preferentes, lo cual no es creíble por lo que acabó afirmando el testigo; este insistía en que no recordaba el producto, que suponía que era un producto bueno, y que no les llamó a su domicilio para ofrecerles el producto; sin embargo, reconoció a su vez, que pensaba que era la única ocasión en que vendió preferentes, que las vendió como si fuera un depósito en beneficio de los clientes, que no recuerda si había un tríptico, y que no hacía los contratos porque no sacaba documentos por la impresora "*porque era muy malo*", los encargaba hacer, se los daban hechos, y "*no sabía lo que venía en el documento*", fiándose de lo que ponía, acabando por afirmar que les indicaría a los demandantes que le parecía "*que este producto es bueno en este momento*", que seguramente no profundizó en lo que era una preferente y que seguramente entendía que era como una especie de acciones.

Ello supone que Don. Cristobal , Jefe Comercial de la sucursal, no conocía el producto que vendió a los demandantes, y que mucho menos estaba en disposición de explicar al matrimonio adquirente las características del producto, llegando a afirmar que no sabía que era un producto perpetuo, y que no cree que en el banco le explicaron que era un producto complejo.

Por otro lado, Don. Estanislao , que ha desarrollado funciones de comercial y administrativas, afirmó que no intervino en la compra de autos, pero que recordaba que los empleados no recibieron un curso especial cuando se comenzaron a comercializar las preferentes, indicando que "*mucha gente cuando salió no sabía ni lo que era*", vendiéndose a los clientes como "*un depósito muy bueno*", y que en el año 2003 no había mucha información, llegando a comprender el producto "*bastante mejor*" en el año 2007, "*cuando lo de la cláusula mifid*".

Así pues, se constata por tanto la falta de una información clara, precisa y suficiente, que hiciera hincapié en los riesgos contratados, y que hiciera comprender a los demandantes que lo que contrataban era un producto, como hemos definido antes, especialmente complejo, perpetuo y que no garantiza la devolución del principal ni una rentabilidad segura; sin que conste que los empleados del banco entregaran a los demandantes ninguna información escrita sobre la emisión. En realidad, queda plenamente acreditado que cuando venció el plazo de los dos depósitos a plazo fijo titularidad de los demandantes, el banco les ofreció la adquisición de las participaciones preferentes Caixa Galicia, como un buen depósito, idóneo al momento en que se realizaba la compra, y sin mayor explicación, configurando el error en el consentimiento de los adquirentes por error sobre el objeto sobre el que fue otorgado el contrato.

Tercero.-Nulidad por error en el consentimiento.

La parte actora solicita la nulidad de tales órdenes de compra de valores invocando vicio en el consentimiento, por concurrir error sobre el objeto sobre el que fue otorgado el mismo, según prevé el art. 1.266 del Código Civil .



A este respecto la SAP de Ourense antes mencionada, señala lo siguiente:

"Segundo. En cuanto al error invalidante como vicio del consentimiento se ha establecido, resolviendo un supuesto análogo, "La Sala se ha pronunciado sobre supuestos análogos al aquí enjuiciado, entre otras, en la sentencia de 26 de octubre de 2012 donde se razonaba: "El consentimiento constituye uno de los elementos esenciales del contrato (artículo 1261 CC). Se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que hayan de constituir el contrato (artículo 1262 CC). La manifestación de voluntad en que consiste ha de prestarse de modo libre y consciente, sin la concurrencia de vicios que, según el artículo 1265 CC , determinan su nulidad, entre ellos el error invocado en la demanda y apreciado en la resolución impugnada. El error supone un falso conocimiento de la realidad capaz de determinar una emisión de voluntad no realmente querida. Consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que, de otra forma, no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones (STS de 12 de noviembre de 2010). Constituye una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada (STS 13 de julio de 2012). El artículo 1266 CC exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que, principalmente, hubieren dado motivo a celebrarlo. En interpretación del precepto, la jurisprudencia tiene declarado que para que el error produzca el efecto de anular el contrato es preciso, además, que no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero exigible como elemental postulado de buena fe (STS de 11 de diciembre de 2006 , a su vez citada en la, antes mencionada, de 12 de noviembre de 2010)."

Se indica que la sentencia apelada aplica incorrectamente el requisito de la esencialidad y así se desarrolla que la propia sentencia indica que en ningún momento se le dijo al cliente que se estaba ante un plazo fijo y en la documentación aportada se hace mención a que expresamente se señala que se está ante un negocio que no es un plazo fijo. La esencialidad se refiere a aquellas condiciones del contrato que naturalmente hayan llevado a la parte a contratar el producto de que se trata (artículo 1266 del Código Civil). El producto contratado difiere sustancialmente de lo que es un depósito a plazo fijo, cuestión que parece evidente. El hecho de que se informara en el propio documento contractual que el contrato no tenía por objeto un plazo fijo o que se afirme que en ningún momento se manifestó que se estaba contratando un plazo fijo, no son situaciones de las que derivar que el error padecido por el contratante no fuera esencial. La sentencia da muchas razones que permiten considerar que el riesgo que el negocio de adquisición presentaba era muy superior al que pudiera derivarse de un depósito a plazo fijo o, en su caso, a un producto financiero seguro, acomodado al perfil del contratante. La presencia de características que permiten atribuir a las participaciones preferentes una naturaleza muy diferente a los productos acomodados al perfil conservador de un ahorrador, fundamentalmente por el riesgo y liquidez de aquellas, entraña que cualquier conocimiento equivocado sobre esos dos aspectos pueda ser tenido como esencial. Lo cierto es que las participaciones preferentes ni han constituido una inversión segura ni, desde luego y como consecuencia de ello, han presentado liquidez, aspectos esenciales de una inversión conservadora. Sostener que un error sobre esos dos aspectos no es un error esencial, no es desde luego una afirmación que la Sala comparta. El perfil del contratante no era el de inversor sino el de ahorrador y ese perfil conlleva necesariamente un deseo de recuperar el capital invertido en el ahorro de manera inmediata y de la forma menos gravosa posible, sin riesgo alguno. El producto típico de este cliente es el depósito a plazo fijo, donde la recuperación está garantizada a salvo alguna penalización. La adquisición de un producto como el que se contempla exige un cumplido conocimiento de las circunstancias del negocio y tal conocimiento no parece que haya tenido lugar en aspectos esenciales, la seguridad y la liquidez, entre otros. Lo que la sentencia contempla es la hipótesis de que los clientes llegaran a saber que se trataba de la contratación de otro producto financiero diferente al de un depósito a plazo fijo y afirma que de no haber tenido una información adecuada difícilmente hubieran podido tomar pleno conocimiento de la naturaleza del producto financiero que se contrataba".

También se ha señalado, que tal desconfianza ha sido creada por la propia entidad que mal puede ahora, sin faltar a elementales principios de buena fe, argumentar la inexcusabilidad del error cuando la misma deriva de su propio comportamiento.

En cuanto a la causalidad del error, evidentemente la adquisición por los actores del producto financiero no podía ser otra que la de rentabilizar sus ahorros y no hay prueba alguna que permita deducir que en el momento de suscribir los títulos tuvieran pleno conocimiento de las condiciones del instrumento financiero de referencia y de sus riesgos. Y no se olvide que si bien puede haber error con información y puede desecharse el error sin información en este caso hay dos factores relevantes; el primero el perfil del adquirente, al que se hizo referencia anteriormente; en segundo lugar las prevenciones que el ordenamiento jurídico establece en relación



con esta contratación al exigir a la entidad emisora una plena y cabal información al adquirente del producto comercializado".

Pues bien, en el caso que analizaba la sentencia de apelación, como en el nuestro, "los demandantes tenían la condición de **consumidores**, perfil de ahorrador y con estudios primarios, la entidad demandada no acreditó haberle suministrado ninguna clase de información en cuanto a la naturaleza y consecuencias económicas del producto financiero que suscribían, el folleto informativo aportado con el escrito de contestación a la demanda no aparece firmado por los demandantes, y ningún otro medio de prueba se aportó a fin de acreditar tal extremo, y el contrato de suscripción de participaciones preferentes, concertado en 5 de noviembre de 2003, -unos días antes que el de autos- no es en modo alguno literosuficiente, de modo que los demandantes pudieran tomar conocimiento cabal del riesgo que asumían al concertar tal operación, incluida una eventual pérdida del capital invertido; ajenos como lo eran, absolutamente, al mundo financiero"; y la alegación de los demandantes de que se hallaban en la creencia de que se trataba de un contrato de depósito a plazo que le permitía liquidez casi inmediata, es perfectamente creíble, pues además de lo que se ha afirmado con anterioridad con

relación a las conclusiones que se obtienen de la prueba testifical, el impreso o contrato de suscripción firmado por los actores y redactado por la entidad demandada induce a tal error. Así, se hace mención a un número de cuenta asociada, y vinculado a un contrato de depósito y administración de valores, se hace referencia expresa al término "DEPOSITANTE: 103.136-9" en la primera orden de compra y "DEPOSITANTE: 103.110-3" en la segunda.

Además, ya hemos indicado que tales ordenes no contienen explicación alguna sobre las características o desenvolvimiento futuro o condiciones de las participaciones preferentes que se suscribían, y como bien señala la resolución de la AP de Ourense, en ellas "se hace referencia también expresa al "derecho a percibir un dividendo preferente variable y no acumulativo, condicionado a la existencia de beneficio distribuible, cuyo pago está garantizado, solidaria e irrevocablemente, por Caixa Galicia", pudiendo muy bien entenderse, por un profano en la materia, que la entidad financiera demandada garantizaba la recuperación de la inversión. Los términos son poco claros y requieren una información pormenorizada".

Finalmente, tampoco la información post-contractual remitida por la entidad financiera permitía conocer la naturaleza del producto financiero, de modo que pudiera entenderse convalidado el contrato. Los extractos periódicos remitidos a los actores nada especifican, limitándose a reseñar una serie de movimientos contables, con abono de determinados intereses, rentabilidad también compatible con un contrato de depósito.

Por todo lo expuesto, en modo alguno puede entenderse debidamente acreditado el tiempo y método explicativo dedicado a los Sres. Justino - Candida, como afirma la entidad bancaria demandada, a los efectos de asegurar su comprensión del producto y la adecuada formación de su voluntad, con plena conciencia de su decisión, lo que hace que también en este caso se presente lógica y racional la creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada. También se considera suficiente para entender concurrentes los requisitos precisos para apreciar la existencia de un error invalidante, ya que recae sobre la sustancia, es esencial, sobre la duración y los riesgos de la operación, y además es excusable, al existir una específica obligación legal positiva que impone a la entidad financiera la carga de asegurarse que el cliente comprende en su integridad la operación, con sus consecuencias, no cabiendo desvirtuar tal deber legal, invirtiéndolo, es decir, haciendo recaer en el cliente la obligación de informarse.

Por todo lo expuesto, procede declarar de nulidad de los contratos de órdenes de valores, y en consecuencia con lo anterior, se condena a la demandada a devolver a los actores los

127.200 euros invertidos, más los intereses legales devengados desde la suscripción de las órdenes de valores. De esa cantidad se descontarán las sumas que en concepto de rendimientos hayan sido abonadas por la entidad financiera a los demandantes como consecuencia del funcionamiento del contrato, con sus intereses, hasta el momento de la anulación (a determinar en ejecución de sentencia), procediéndose por los demandantes a devolver a CAIXA GALICIA los títulos adquiridos con las operaciones anuladas.

Cuarto.-Costas

En cuanto a las costas, y de conformidad con el criterio objetivo del vencimiento, se imponen a la parte demandada (artículo 394.1 de la LEC)

FALLO



Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Jose Manuel Lopez Martinez, en nombre y representación de D. Justino y DÑA. Candida , contra NCG BANCO, S.A., debo acordar y acuerdo:

PRIMERO.- Declarar el incumplimiento de NCG BANCO, S.A. de las obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta de participaciones preferentes.

SEGUNDO.- Declarar el error en el consentimiento de D. Justino y DÑA. Candida en la contratación y adquisición de participaciones preferentes de CAIXA GALICIA suscritas por los demandantes el 17 de noviembre de 2003 por absoluto desconocimiento de las características y riesgos del producto adquirido.

TERCERO.- Declarar la nulidad de los dos contratos de adquisición de participaciones preferentes de CAIXA GALICIA suscritas por los demandantes el 17 de noviembre de 2003.

CUARTO.- Condenar a NCG BANCO, S.A. a abonar a los actores la cantidad de 127.200 euros, más los intereses legales devengados desde la suscripción de las órdenes de valores. De esa cantidad se descontaran las sumas que en concepto de rendimientos hayan sido abonadas por la entidad financiera a los demandantes como consecuencia del funcionamiento del contrato, con sus intereses, hasta el momento de la anulación, a determinar en ejecución de sentencia, procediéndose por los demandantes a devolver a CAIXA GALICIA los títulos adquiridos con las operaciones anuladas.

QUINTO.- Condenar a NCG BANCO, S.A. a abonar las costas del procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 47240000 00 075113, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Secretario Judicial doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a diecisiete de septiembre de dos mil catorce.