

Roj: SJPI 53/2012
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Santander
Sección: 1
Nº de Recurso: 171/2012
Nº de Resolución: 223/2012
Fecha de Resolución: 29/11/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ARSUAGA CORTAZAR
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 Proc.: PROCEDIMIENTO
Avenida Pedro San Martín S/N

ORDINARIO

Santander

Teléfono: 942357018 Nº: 0000171/2012 Fax.: 942357019 NIG:
3907542120120002326 Modelo: TX004 Materia: Obligaciones

Resolución: Sentencia 000223/2012

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

Teodulfo

CAIXA BANK S.A.

Procurador:

MIGUEL ANGEL BOLADO GARMILLA

BEATRIZ RUENES CABRILLO

SENTENCIA nº 000223/2012

En la ciudad de Santander, a veintinueve de noviembre de dos mil doce.

En nombre de Su Majestad el Rey; el Ilmo.Sr. Don José Arsuaga Cortázar, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander y

su Partido; habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad, resolución contractual y en reclamación de cantidad, seguidos con el número 171/12, a instancias del Procurador Sr. Bolado Garmilla, en nombre y representación de D. Teodulfo , asistido por el letrado Sr. Revenga Sánchez, contra la entidad Caixa Bank, S.A., representada por la Procuradora Sra. Ruenes Cabrillo y asistida por el Letrado Sr. Riesco Milla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-A este Juzgado correspondió por turno de reparto la demanda presentada por el citado procurador, en la indicada representación, por la que ejercitaba acción de nulidad o anulabilidad contractual y de indemnización de daños y perjuicios con fundamento en los hechos y razonamientos de derecho que tuvo por conveniente aducir y que se dan aquí por reproducidos, terminando por suplicar que, previos los trámites legales oportunos, con recibimiento del juicio a prueba, se dicte sentencia estimatoria de la demanda en los términos contenidos en el suplico de la demanda y con expresa condena en costas.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, se confirió traslado para su contestación a la demandada, que la formuló y en la que tras alegar respectivamente los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y que obran en autos, dándose aquí por reproducidos, terminaron por suplicar que, previo los trámites legales oportunos, con recibimiento del juicio a prueba, se dicte sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas procesales a la parte actora.

TERCERO.-Convocadas las partes a la celebración de la audiencia previa al juicio, tras comparecer oportunamente, se exhortó a las partes para que alcanzaran un acuerdo sin conseguirlo. Tras ratificarse en sus correspondientes escritos de demanda y contestación, se recibió el juicio a prueba. Recibido el procedimiento a prueba, por las partes se interesaron las pruebas que consta en los autos. Por S.Sª se acordó la admisión de las pruebas propuestas. Por último se señaló día para la celebración del juicio.

CUARTO.-En el día señalado para la celebración del juicio, comparecieron las partes con su debida representación y asistencia. Se celebraron las pruebas respetivamente interesadas por las partes y admitidas en la audiencia previa en dos actos y de la forma y con el resultado que consta en autos. Las partes formularon sus respectivas conclusiones ratificando sus peticiones iniciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-RESUMEN DE ANTECEDENTES.

La parte actora ejercita una triple pretensión de forma acumulada que en definitiva se dirige a buscar, en primer lugar, la declaración de ineficacia por nulidad relativa o anulabilidad del contrato celebrado el 29 de agosto de 2000 -fecha de apertura de la libreta asociada a la contratación de participaciones preferentes, documento nº 6 de la demanda-y las sucesivas compras de participaciones preferentes (documentos nº 10 a 17 de la demanda) por error y/ dolo en la prestación del consentimiento contractual, con restitución de los 97.000 euros en

total entregados con los intereses legales desde el primer requerimiento de reintegro formulado a la demandada; instando, en segundo lugar, de forma combinada, la resolución contractual (arts. 1.101y1.124 CC) de los contratos perfeccionados el 27 de enero de 2012 para efectuar el canje de las participaciones preferentes, con reintegro correlativo de la cantidad de 97.000 euros; y, en todo caso, interesando la indemnización del daño moral causado al actor, que cifra en 9.700 euros (10% del importe de la inversión).

La parte demandada formula oposición en la que, en resumen somero, rechaza su condición de legitimada pasiva (art. 10 LEC) por ser una mera intermediaria de las operaciones financieras -ni emisora ni transmitente-; sostiene que la acción interpuesta está caducada por transcurso del plazo de 4 años del art. 1301 CC; rechaza que haya existido dolo o error como causa invalidante del consentimiento; afirma que se produjo la convalidación contractual por el contrato de canje, por lo que la postura de la actora contraria sus actos propios, además de producirse con manifiesto retraso, desleal y antijurídico; e impugna, en fin, las consecuencias pretendidas de la nulidad -pues debería la parte actora devolver también lo obtenido como rendimiento-y el daño moral reclamado.

SEGUNDO.-RESUMEN DE HECHOS PROBADOS.

Con el fin de determinar los hechos o circunstancias que han sido admitidos o reconocidos o que, en otro caso, fácilmente y sin contradicción resultan de las pruebas practicadas, preciso resulta señalar que:

1.-El actor, con título oficial de técnico auxiliar (FP) y dedicado a la actividad de instalador de baja tensión (documentos 1 a 3 de la demanda), concertó con la entidad demandada desde el 29 de agosto de 2000 (documento nº 25) la compra sucesiva de participaciones preferentes -emisión 1 y 2 de Caixa Preference Limited de 25 de junio de 1999 y de 23 de junio de 2000-cuya consumación fue reflejada en la libreta a tal fin abierta en la entidad (documento nº 6 de la demanda). En tal sentido, constan anotadas -y acepta este hecho la demandada en su contestación-las adquisiciones con fechas sucesivas de 18 de septiembre de 2000 (30.000 euros, emisión 2), 16 de diciembre de 2000 (12.000 euros, emisión 2), 16 de julio de 2011 (9.000 euros, emisión 2), 16 de julio de 2001 (

3.000 euros, emisión 2), 16 de octubre de 2001 (16.000 euros, emisión 1), 19 de agosto de 2005 (6.000 euros, emisión 1), 24 de agosto de 2005 (18.000 euros, emisión 1) y 6 de octubre de 2005 (3.000 euros, emisión 2).

2.-A salvo de la inversión puntual en acciones de Telefónica (69 título, con saldo de 923, 56 euros el 1 de enero de 2012) que indica el documento nº 9 de la demanda y las aportaciones a dos planes de pensiones de la demandada (documento nº 7, por saldo conjunto de 6.039, 13 euros), no se conocen posiciones en productos de riesgo o complejos (como certifica la entidad Barclays, documento nº 6 de la demanda). De la investigación documental practicada en fase probatoria sólo se ha podido conocer que el actor es titular de una libreta de ahorro en Liberbank (canceló el 12 de septiembre de 2000 una cuenta corriente en el Banco de

Santander, S.A.).

3.-Con fecha 1 de junio de 2011 el actor, a través de la comunicación aportada como documento nº 18 con su demanda, dio orden de venta de sus participaciones tras los aparentes requerimientos verbales. Dicha comunicación es contestada por otra de la demandada de 21 de junio (documento nº 19) en la que se expone que se ha cursado la orden y que se está a la espera de la adquisiciones de tales participaciones en el mercado secundario. La demandada remite una nueva comunicación informativa de fecha 27 de diciembre de 2011 (documento nº 21), en la que se hace constar que el producto contratado ha sufrido una importante merma de liquidez sin perjuicio de lo cual se ofrece información de otros instrumentos financieros (obligaciones subordinadas y subordinadas necesariamente convertibles) que se ponen a disposición del actor para su adquisición con cargo al importe de la venta de sus participaciones preferentes que la demandada se compromete a recomprar. La utilización de este infinitivo no es baladí: a los efectos de la invocada excepción de falta de legitimación pasiva, es la propia demandada la que se compromete a la comprar nuevamente el producto previamente vendido.

4.-La recompra fue definitivamente aceptada por el actor en las condiciones indicadas en su comunicación fechada el 24 de enero de 2012 (documento nº 27). De su redacción se colige la insatisfacción mantenida del actor por la falta de información sobre el producto que se disponía a transmitir -"en particular su carácter perpetuo y el riesgo que conllevaba la inversión"-, a pesar de lo cual acepta el denominado canje pero expresando que"dicha aceptación en ningún caso supone la renuncia a las acciones oportunas que puedan corresponderme por la colocación de dichas participaciones por parte de la entidad en base a la defectuosa información sobre las características del producto proporcionada por la misma (...).La aceptación de este canje obedece al único motivo de poder obtener liquidez del producto y a no perder los ahorros de toda mi vida, pero no estoy de acuerdo ni con su forma de proceder ni con la solución ofertada que sólo acepto por tratar de salvaguardar mi patrimonio y con expresa reserva al ejercicio de acciones judiciales". El citado canje por obligaciones subordinadas y una cantidad en efectivo que se aplicaría a la suscripción de obligaciones convertibles se produjo en los términos que

se exponen en las copias de los contratos aportados como documento nº 28 de la demanda.

5.-Hasta llegar al canje, tras los requerimientos y órdenes de venta anteriores, se sucedieron dos reuniones del actor con la que fuera su asesora legal, Sra. Revenga Nieto. En la primera, según relata en su declaración testifical ésta última, no consiguieron la documentación sobre la contratación del producto, que sólo lograron tras obtener una autorización judicial en el seno de unas diligencias preliminares. En la segunda, ya con la documentación original en su poder, el director de la sucursal propuso el canje -tras ofrecer un préstamo hipotecario al actor ante sus problemas para obtener liquidez-que en definitiva se ha efectuado -pero en las condiciones relatadas-advirtiéndole que era"un suicidio"no aceptarlo -el director, Sr. Fulgencio , admitió en su declaración testifical que expresó que sería un"suicidio financiero"-. Como resulta de la copia aportada de la libreta abierta en la demandada a nombre del actor, las sucesivas ventas de las participaciones -operaciones derivada del canje-le proporcionaron un resultante de 29.424,95 sobre la inversión de un principal de 97.000 euros totales.

TERCERO.-RÉGIMEN JURIDICO DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES. FUNCIÓN FINANCIERA.

La participación preferente tiene su fuente normativa en 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, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente.

La participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Inicialmente parece responder a un valor de deuda, por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex arts. 401 y ss. LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

La función financiera legalmente impuesta a la participación preferente muestra que no es un valor de deuda

o de captación de recursos financieros ajenos sujetos a restitución a unas condiciones de vencimiento; del mismo modo, su contenido legal revela que los derechos típicos que los valores de deuda atribuyen a sus titulares son en ella inexistentes y que la participación preferente es, realmente, una clase especial de acción legalmente regulada.

La función financiera legal de la participación preferente es la misma que la del capital social y demás elementos componentes del patrimonio neto: computar como recursos propios de la entidad de crédito emisora. Ello comporta un tratamiento jurídico y contable que la alejan del propio de los valores de deuda. El dinero invertido en participaciones preferentes está sujeto al 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 porque éstos incorporan una deuda jurídicamente real del emisor y tienen el tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo. En cambio, el nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor -a pesar, se insiste, de ser legalmente calificada como instrumento de deuda, calificación en cierto modo incorrecta y engañosa-. Y no lo es porque no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora. La disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 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 responde a la naturaleza de clase especial de acción cuya fuente de regulación es la Ley, como sucede con las acciones sin voto y las acciones rescatables. Pero es una acción desvirtuada y cautiva porque esenciales derechos propios del accionista -todos los societarios y parte considerable de los patrimoniales- resultan en ella excluidos legalmente. Ello lo confirma la referida Directiva 209/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que de forma correcta no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino que, en un ejercicio de indefinición, la califica como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. Ello excluye, por tanto, su tratamiento como pasivo de la misma, que es lo que sugiere su calificación legal como instrumento de deuda.

La naturaleza accionarial de la participación preferente deriva de las siguientes razones según la referida disposición adicional segunda de la Ley 13/1985:

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

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

c.-En consecuencia, la liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad: bien porque el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Nótese, por ello, que la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los miedosos mercados de valores es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido.

En otros términos, el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses

o sistema de rentabilidad. Su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad.

d.-El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Ello revela que la participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. El riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas. Pero con la siguiente particularidad no exenta de interés: 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. Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor.

Las anteriores circunstancias y notas características hacen, en una primera aproximación general, dudar seriamente de que las participaciones preferentes sean un instrumento apto como producto de inversión para clientes minoristas.

CUARTO.-CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES.

Expresado lo anterior dos apreciaciones surgen de inmediato:

De un lado, que la participación preferente es un valor de máximo riesgo -además de ser de naturaleza aleatoria: su contingente evolución explica el alea-, mayor incluso que el que deparan las acciones ordinarias. A diferencia de las acciones ordinarias, las participaciones preferentes es un valor de capital cautivo al no ostentar derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora que pudiera permitir a su titular participar en el control del riesgo asumido. Todavía más, ni carecen del derecho a la suscripción preferente respecto de futuras emisiones, ni derecho de participación en las ganancias repartible del emisor -ni participa de la revalorización de su patrimonio-, aunque sí participa en sus pérdidas.

Del otro, que debe integrarse dentro de la categoría de los valores complejos del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores. Este precepto considera no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en

los que concurran las siguientes tres condiciones: a. Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. b. Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento. c. Que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Por ello, la participación preferente es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos.

QUINTO.-RÉGIMEN ACTUAL DE LA INFORMACIÓN REGLADA COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL INVERSOR.

Los artículos 38 y 39 del RD 1310/2005 contienen la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. El primero, el minorista, es caracterizado por defecto o exclusión: lo es quien no es experto o cualificado. El minorista es merecedor de mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor (y ello es lo que se predica precisamente en el preámbulo de la Ley 6/2011, de 11 de abril). Se da, así, lo que se ha venido llamando una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor

o comercializador y los inversores minoristas.

La superación por insuficiencia del sistema de información reglada como sistema de protección del inversor minorista -y, por tanto, se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional-tomó definitivo impulso por la trasposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero.

Esta normativa impone que al colocar participaciones preferentes entre clientes minoristas, las entidades de crédito tienen el deber general de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo» (art. 79 LMV). Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información (art. 79 bis LMV). La entidad debe «mantener, en

todo momento, adecuadamente informados a sus clientes». Tal información debe ser «imparcial, clara y no engañosa» y debe versar «sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (...)» en función de que la misma «les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa». El régimen de las obligaciones de la entidad en este orden es desarrollado por el RDL 217/2008, especialmente en sus arts. 60 y 64.

Descendiendo todavía más sobre las obligaciones concretas de información, el art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.

c) Deber de solicitar al cliente minorista 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.

d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

SEXTO.- RÉGIMEN DE LA INFORMACIÓN APLICABLE AL CONTRATO.

La normativa y consideraciones precedentes caracterizan la situación legal del momento presente. Es cierto, no obstante, que el contrato con la demandada es de 29 de agosto de 2000 y las adquisiciones sucesivas llegan hasta octubre de 2005.

Ciertamente, durante dicho periodo entró en vigor la Directiva 2004/39/CE, traspuesta con posterioridad a la contratación de las preferentes. No obstante, como antes se ha expuesto, el efecto de su trasposición también afectaba a los clientes anteriores en el tiempo a su entrada en vigor, pues la

obligación de información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual-debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato.

En todo caso, el avance significativo en la protección del cliente minorista no significa que en la fecha de la inicial contratación el hoy demandante estuviera desprovisto de una normativa tuitiva de su posición, esencialmente en lo que afecta a la necesaria información previa y la apreciación de la conveniencia de la inversión. Antes de la la trasposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación del información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual-que debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato.

En tal sentido es predicable:

1.-Elart. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, lo que está en directa relación con la propia normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), que rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

2.-En esta línea, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por laLey 47/2007, de 19 de diciembre, imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

3.-Es en desarrollo de dicha ley cuando el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero-vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y a ello se añadía que la información a la clientela

debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. Y, en definitiva, ello es lo que se predica a través de los arts. 45.3 y 72 del RD 217/2008, que imponen la prestación de información de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones.

SÉPTIMO.- APLICACIÓN AL CASO DE LA DOCTRINA ANTERIOR. EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

Las previsiones anteriores tienen su importancia radical en orden a conseguir que la información prestada por las entidades financieras reúna unas condiciones "objetivas" de corrección (información clara, precisa, suficiente y tempestiva) y otras que podrían calificarse de "subjetivas" por atender a circunstancias concretas de su cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos financieros complejos, etc).

En atención, por tanto, a todo lo señalado, la actividad probatoria del caso concreto permite sostener que las anteriores previsiones no se han cumplido, siendo como es el producto adquirido aleatorio, complejo y de máximo riesgo. De este modo, y a tenor de lo que se expuso:

A.- Desde el punto de vista objetivo, no consta que la documentación "precontractual" que la parte demandada afirma entregó al (documentos nº 2 y 3, folletos informativos de las emisiones 1 y 2) haya llegado a su conocimiento, prueba que, por ser exclusiva incumbencia de la parte que lo alega como fuente de su interés, corresponde a la demandada (art. 217 LEC). Y, desde este instante, la prueba de la información oportuna y ajustada a los parámetros legales en un producto novedoso, complejo y arriesgado -salvo para los contratantes en un mercado muy especializado y de riesgo- ha quedado entredicho. Si se observa además la cartilla en donde se anotaban los movimientos (documento nº 8 de la demanda, donde los intereses se anotaban con la leyenda "perpetuo trimestral")

o las órdenes de venta aportadas con la demanda (documentos nº 10 a 17, que consiguió el actor ya en el año 2012, o los unidos como documento nº 25 de la demanda) se comprobará que no existe mínima información sobre las condiciones o características del producto; a mayor abundamiento, existen dos suscripciones (las de 6 de agosto y 10 de octubre de 2005) que ni siquiera están firmadas por el actor.

B.- Tampoco la prueba de la información que el banco pudo ofrecer al cliente, siquiera de forma verbal, antes de la firma, ha quedado mínimamente aclarada, pues las opiniones de las partes varían en este punto en grado suficiente como para considerar que la impresión de que el actor contrataba un producto cercano a un depósito. Así lo manifiesta abiertamente el actor. El que fuera

su enlace con la demandada, el entonces director de la sucursal -Sr. Ramón -, con el que trabó una relación fluida de confianza, reconoce en su declaración testifical que cuando llegó el actor a la entidad, allá por el año 2000, tenía la configuración de un cliente de depósito y cuenta corriente. No recuerda si le entregó el tríptico informativo de las emisiones u otros documentos añadidos, pero sí que se le informara sobre los variados productos que podían adaptarse a su perfil inversor (en tal sentido, habla de imposiciones a plazo fijo, fondos de inversión, participaciones preferentes y cédulas hipotecarias). Sin perjuicio de ello, ni puede precisar el alcance de la información, ni existe prueba alguna que la determine. En tal sentido, el actual director Don. Fulgencio admitió en su declaración testifical que cuando contactó inicialmente con el actor tuvo la impresión de que "no conocía cómo funcionaba el producto".

C.-Desde el punto de vista subjetivo, no se aprecia de ningún modo que se haya cumplido -o, por lo menos, no se ha probado-con los requisitos legales mínimos de información que permitieran al actor conocer, dada su muy escasa experiencia inversora -nótese, en tal sentido, que en la evaluación de la conveniencia (documentos nº 29 y 30 de la demanda) de las dos ofertas de recompra de las preferentes la demandada consideró expresamente al actor como una persona sin conocimiento de los mercados de valores ni familiarizado con sus productos-sus elementos o características más determinantes. Así, y como más relevante, que el principal invertido en ella pudiera perderse, bien porque el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios, porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles, o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Como antes de expuso, el dinero invertido en participaciones preferentes está sujeto de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión.

Y es precisamente la combinación de las circunstancias señaladas las que permite a este juzgador considerar que concurrió el vicio del consentimiento (art. 1261y1266 CC) alegado de error para procurar así la nulidad del contrato, sobre todo en el aspecto relativo al carácter imparcial de tal información y de advertencia sobre la inadecuación del producto, complejo y de alto riesgo, al perfil del inversor.

Y el error en que el actor incurrió supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. Mas no todo error o ignorancia de circunstancias servirá para anular el contrato; debe exigirse que sea suficientemente importante, relevante, y que no sea imputable a la negligencia de quien lo sufre (excusabilidad).

En el caso, debe considerarse que el error fue esencial, puesto que ha afectado a las obligaciones principales del contrato y a la característica de alto riesgo del mismo; sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, sobre la base, ya se ha razonado, de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata, y, sobre todo, del riesgo que asumía; y excusable, pues confió el actor en la palabra de un empleado bancario sin ser consciente de los altos riesgos de un contrato complejo del que no recibió -o no se ha

probado que recibiera-la necesaria información para ponderar sus riesgos y decantarse conscientemente sobre su contratación.

En conclusión -aprovechando la expresión contenida en la sentencia de la AP de Cantabria de 25 de octubre de 2012-, cuando un contrato es complejo y presenta importantes riesgos económicos para el cliente contratante, el deber de buena fe en la información en todas las fases de desarrollo del negocio se acrecienta, pues la deslealtad de una parte no se evapora por la actitud -en ocasiones ingenua, casi siempre confiada-del afectado. El derecho, en fin, no puede ser más protector de los astutos que defensor de los confiados.

OCTAVO.-RECHAZO DE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN.

La parte demandada aduce varios motivos de oposición a la pretensión. Todos van a ser rechazados.

Distingamos:

a.-No puede aceptarse que se afirme que la demanda carece de la necesaria legitimación pasiva para soportar la acción, ex art. 10 LEC, cuando fue ella la que comercializó el producto con sus vicios sin que en instante alguno interviniera personal de la entidad emisora -del mismo grupo bancario que la demandada-, lo que supone que sus efectos también respondan al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC). No en vano la propia parte demandada acepta expresa y tácitamente su legitimación en sus comunicaciones con la actora, incluso cuando en la comunicación informativa de fecha 27 de diciembre de 2011 (documento nº 21), se le ofrece la posibilidad de recomprar las participaciones, negocio que fue perfeccionado a su exclusiva instancia.

b.-Tampoco es aceptable que se considere que la acción de nulidad por anulabilidad por error ha caducado de acuerdo al art. 1301 CC. Dicho precepto indica que "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.". Dado que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta o radical, en el que la acción es imprescriptible, y que el plazo previsto en el precepto es de caducidad -que no admite interrupción y es apreciable incluso de oficio-, la jurisprudencia ha sido certera a la hora de precisar que el momento inicial del cómputo del plazo de cuatro años no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al art. 1969 CC, sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008-en relación a un contrato de préstamo-en cuanto afirma que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. Todavía más: la sentencia del TS 11 de junio de 2003 declara que la consumación del contrato coincide con el instante en que se han realizado todas las obligaciones o cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Y sostiene así que 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 (art. 1301 CC). Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por

error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato.

Los argumentos anteriores, en aplicación al caso presente, permiten el rechazo de la excepción invocada, pues durante todo el periodo de vigencia del contrato inicial y los sucesivos de la misma naturaleza acordados de forma viciosa las prestaciones no se habían consumado, ni siquiera una vez producido el canje de las iniciales participaciones preferentes por obligaciones subordinadas y la cantidad en efectivo directamente aplicada a la suscripción de obligaciones convertibles.

c.-No puede estimarse la alegación sobre la confirmación del contrato anulable amparada en el artículo 1309 CC, como tampoco su conversión en otro negocio válido -que pugnaría con las propias condiciones en que se hace el canje-o la relativa al retraso desleal o a un comportamiento contradictorio con los actos propios (art. 7 CC).

La confirmación o convalidación del contrato anulable al que se alude por la parte demandada exige, como requisito de validez (art. 1309 CC), que el vicio originante -el error-de la invalidez del negocio haya cesado, lo cual no acontecía en el instante en que el actor aceptó el canje de sus participaciones preferentes. Como se ha reiterado, los términos en que dicho canje se produjo distan mucho de una situación pacífica y de voluntaria convalidación del contrato viciado -sea expresa o tácita-pues el negocio celebrado se hizo bajo la circunstancia clara de necesitar de forma imperativa una solución de liquidez -que no ha conseguido inicialmente-y con la condición de no renunciar a las acciones futuras para lograr la ineficacia del contrato de origen y sus derivados. Así lo expresó con claridad en el escrito que presentó a tal fin y así ha deducirse de su literalidad (documento nº 27 de la demanda). Por ello, ni puede afirmarse que exista una sanación o conversión del contrato nulo, ni que el comportamiento del actor sea ahora contrario a sus actos anteriores (art. 7 CC), ni, por lo demás, se aprecia una conducta abusiva por retardo en su reclamación, pues el demandante se ha afanado en encontrar una rápida solución -antes de interponer la acción judicial-desde el instante en que fue consciente de su infortunio.

OCTAVO.-EFECTOS DE LA NULIDAD DECLARADA.

Debe sancionarse igualmente que la inevitable aplicación de la doctrina de lapropagación de la ineficacia del contratoarrastra al canje realizado para la conversión de las participaciones preferentes, considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo en los términos antedichos, la ineficacia por nulidad relativa abarca o engloba el contrato inicial y los posteriores con el mismo origen -superando con ello, aunque el efecto final sea el mismo, la mención a la resolución del canje producido-. Es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las sucesivas participaciones preferentes y el canje posterior por otros productos al que fue el actor lastrado por la necesidad de obtener liquidez aun con reserva evidente de la acción de nulidad. Como mantiene elTS en su sentencia de 17 de junio de 2010y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas de las participaciones preferentes no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues

no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya.

Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el art. 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución del principal invertido (97.000 euros) y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal interesado devengado desde el instante en que se materializaron las correspondientes y sucesivas órdenes de compra como medio de lograr un justo reintegro patrimonial. Empero, del mismo modo deberá el actor reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados trimestralmente como intereses o cupones abonados durante el periodo de vigencia de las participaciones con el interés legal desde el instante en que se formalizaron. Nótese, en fin, y sirva como recordatorio que es doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias del TS de 24 de marzo

o de 22 de mayo de 2006, entre otras muchas), que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecido, sin que suponga incurrir en incongruencia.

En consecuencia de lo anterior, en ejecución de sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (art. 219.2 LEC) que se acaba de citar. En consecuencia, en ejecución de la presente sentencia se determinará la cantidad oportuna que, por vía de la compensación judicial, resulta ser acreedora la parte actora.

NOVENO.-DAÑO MORAL.

Reclama la parte actora la cantidad de 9.700 euros (10% de la inversión realizada) en concepto de daño moral.

Es bien conocido que -en palabras del Tribunal Supremo, para lo que sirve la sentencia de 18 de febrero de 1999- los daños morales proceden cuando existe una causación voluntaria y el restablecimiento económico no resulta suficientemente cumplido con la indemnización de los materiales, al afectar a parcelas íntimas del ser humano como son sus sentimientos y propia estima, afectados por el sufrimiento, desasosiego e intranquilidad derivados de la situación creada y que se les impone, y que no están huérfanos de amparo legal, ya que el art. 1107 CC se

refiere a todos los daños. Por ello se ha afirmado que el daño moral implica un concepto más amplio que el de daño psíquico, trasciende al daño emergente y al lucro cesante, pues en él tiene cabida el impacto que en la persona puedan producir ciertas conductas o actividades, tanto si comportan una agresión directa o inmediata a bienes materiales como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (sentencia del TS de 25 Jun. 1984), al haber espiritual de la persona, o a los bienes materiales de la salud, al honor, la libertad, la intimidad u otros análogos, bienes éstos o aspectos de la personalidad que deben ser indemnizados como compensación de los sufrimientos, preocupaciones, disgustos, contrariedades, intranquilidad e incluso molestias e incomodidades que padezca el sujeto pasivo de las mismas.

No obstante, también debe indicarse que a pesar de que excepcionalmente ha sido apreciado por la jurisprudencia el daño moral en las relaciones contractuales, ha sido el campo de la culpa extracontractual donde se ha tenido mayor acogida. La reciente sentencia del TS de 10 de julio de 2012, recordando la de 31 de octubre de 2002, afirmaba que «el concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del "pretium doloris". Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

Y es que, en fin, ninguna prueba existe en las actuaciones de dicho daño moral, de su aparente intensidad o importancia -dado que no nos encontramos ante un daño "in re ipsa" o que hable por sí solo-, distinto del propio daño material constituido por la pérdida económica que se ha tratado de corregir, ni tampoco del nexo causal entre la actuación de la demandada y el supuesto sufrimiento, sin que conste en autos ninguna prueba distinta de la mera manifestación que hace la parte actora, lo que lleva consigo la desestimación de la demanda en cuanto a este punto.

DÉCIMO.-COSTAS PROCESALES.

La estimación parcial de la demanda impide imponer costas procesales, de conformidad con el artículo

394.2 LEC, de tal manera que cada parte deberá abonar las causadas a su instancia, corriendo las comunes por mitad.

FALLO

Que estimando en parte la demanda presentada por el Procurador Sr. Bolado Garmilla, en nombre y representación de D. Teodulfo :

A.-Declaro la ineficacia por nulidad del contrato celebrado el 29 de agosto de 2000 y las sucesivas compras de participaciones preferentes, así como de los contratos celebrados el 27 de enero de 2012 para efectuar el canje de las participaciones preferentes. Condeno en tal sentido a la entidad demandada, Caixa Bank, S.A., representada por la Procuradora Sra. Ruenes Cabrillo, a estar y pasar por dicha declaración y a devolver al demandante la cantidad de 97.000 euros, con aplicación del interés legal de desde la presentación de la demanda y extinguiendo cualquier vínculo contractual entre las partes derivado de la misma. Igualmente, en ejecución de sentencia se liquidará, en favor de la parte actora, el interés legal devengado por las correspondientes cantidades desde el instante en que se materializaron las correspondientes y sucesivas órdenes de compra; y, en favor de la parte demandada se liquidará, para lograr su reintegro, la totalidad de los importes abonados trimestralmente como intereses o cupones durante el periodo de vigencia de las participaciones y con aplicación del interés legal desde el instante en que se formalizaron.

B.-Desestimo, por lo demás, la reclamación formulada por daños morales.

C.-No ha lugar a imponer costas procesales.

Así por esta mi sentencia, contra la que cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial, que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, abierta en la entidad Banesto con el número 3857-0000-02-0171-12, con indicación del concepto de "recurso de apelación", y a través de una imposición individualizada, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en día de su fecha, doy fe.