

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 7 DE SANTANDER.

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario 10054/13

SENTENCIA N° NUMERO

En SANTANDER, a 26 DE NOVIEMBRE DE 2013.

DON JOSE LUIS SANCHEZ GALL, Magistrado Juez Titular del juzgado de primera instancia NÚMERO SIETE de los de SANTANDER, vistos los presentes autos de **juicio ordinario**, seguidos ante este juzgado con el número **10054/13**, en los que han sido parte como demandante D. XXX, representada por el procurador D. M^a José Rueda Breñosa, y asistida por el Letrado D. Rafael de la Gándara Porres; y como demandada la entidad "LIBERBANK, S.A.", representada por el procurador D. Carlos de la Vega-Hazas Porrúa, y asistida por el Letrado D. Carlos Calvo, sobre **nulidad contractual**, ha dictado en nombre de S.M. EL REY la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en fecha 26 de julio de 2013, se presentó ante este juzgado, por el procurador D. M^a José Rueda Breñosa, actuando en nombre y representación de la parte actora, y asistido por el Letrado D. Rafael de la Gándara Porres, demanda de juicio ordinario contra la entidad "LIBERBANK, S.A.", fundando la misma en los hechos que en ella constan, y alegando los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación al caso, para acabar suplicando que se declare el contratos de suscripción de participaciones preferentes celebrados por las partes en fecha 10 de mayo de 2011, y, en su caso, la nulidad del canje efectuado en el mes de abril de 2013 en acciones de la demandada, condenando a la demandada a la devolución del capital invertido por la cantidad de 40.000 €, con el interés legal desde la fecha de su imposición, así como a la devolución por la actora a la demandada de los títulos de las participaciones, y de los importes que haya recibido como producto de las citadas participaciones preferentes, con imposición de costas

SEGUNDO.- Que admitida la demanda y emplazada la demandada en legal forma, se personó en autos por medio del procurador D. Carlos de la Vega-Hazas Porrúa, y asistido por el letrado D. Carlos Calvo, contestando a la demanda en los términos que consta en autos, alegando distintas cuestiones de fon-

do, y suplicando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Que citadas ambas partes a la audiencia previa, comparecieron ambas, y en el curso de la misma se solicitó la apertura del período probatorio, con la proposición de pruebas. Admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló fecha de juicio y comparecidas ambas partes a éste se practicaron aquellas pruebas declaradas pertinentes con el resultado que obra en las actuaciones en soporte de video, quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento, se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Planteamiento.-

Por la actora D. XXX, al amparo de los artículos 1.265 y 1.300 y ss del Código Civil, se ejercita acción dirigida a obtener la nulidad del contrato de "ORDENES DE VALORES, PREF. CANTABRIA PREFERENTES S.A. DIC-03", suscrito por ambas partes en fecha 10 de mayo de 2011. Entiende la actora que, ante la falta de información y de transparencia de la entidad bancaria demandada sobre las características y riesgos de la operación suscrita, concurre su error y falta de consentimiento a las condiciones pactadas, que deben llevar a la anulación del contrato y de todos los efectos económicos derivados del mismo.

Frente a esta pretensión, la demandada, opone, por un lado, la imposibilidad de declaración de la nulidad por haber sido canjeadas las participaciones preferentes por títulos de la entidad, y por otro, la experiencia financiera de la demandante y la contratación de varios contratos similares, que indican su experiencia y conocimiento en el convenio de autos, y la completa información que se suministró por los técnicos del banco, antes de la suscripción del acuerdo, evitando así el error de consentimiento alegado.

SEGUNDO: Hechos probados.-

De la prueba practicada, especialmente de la documental, interrogatorios de las partes y testigos han quedado acreditado los siguiente hechos probados:

1) En fecha 10 de mayo de 2005, ambas partes suscribieron el contrato "Ordenes de valores", con denominación "Pref. Cantabria Preferentes S.A. DIC-03", por el que las actoras adqui-

rían 40 títulos de participaciones preferentes, con un nominal de 40.000 € (folio 48). En el reverso de este contrato, se establecen sus condiciones generales, fijándose su objeto como "una compraventa con pacto de recompra de activos negociados en el mercado de deuda pública en anotaciones", y estableciéndose, en su cláusula 2º, que la caja se obliga "expresa e irrevocablemente", entre otras cosas, a "recomprar al cliente los valores, en la fecha y por el precio reflejados en las condiciones particulares".

2) Con esa misma fecha, ambas partes suscriben el denominado "Contrato Cuenta de Valores", por el que la demandada "presta los servicios de depósito en administración de los valores objeto" de contratación a las actoras (folio 50), y también el denominado "Contrato Marco Normativo de Servicios Financieros y Auxiliares", con el objeto de "establecer el ámbito normativo en el que se desenvolverán los servicios financieros y auxiliares" que la demandada venga prestando, y en su caso, haya de prestar a las demandantes" (folios 175-177). Igualmente, en ese mismo día, la demandante D. Clotilde Rodríguez suscribió la llamada "Información Sobre Riesgos de Instrumentos Financieros", referida a la participaciones precedentes suscritas, en el que se señala, además de otros extremos, que el perfil de riesgo global del instrumento es medio (folio 174), y el denominado "Test de conveniencia MIFID", en el que aparecen marcadas de forma informática una serie de casillas referidas al mismo producto (folio 173).

3) En fecha 25 de marzo de 2013, ambas partes suscriben un canje forzoso de las participaciones preferentes, cambiándolas por 10.810 acciones de la demandada, y por 2.800 obligaciones subordinadas convertibles (folio 76), otorgándose, en esa misma fecha, un nuevo Contrato Marco Normativo de Servicios Financieros y Auxiliares, por el que se califica a la actora como de cliente minorista (folios 77-80), y realizándose también un nuevo test MIDID (folio 81).

4) La actora, a la fecha de la suscripción de las participaciones preferentes, tenía 57 años de edad, tiene una formación elemental de estudios primarios, y trabaja por cuenta ajena en el sector comercial (folios 51-53). Por la información fiscal aportada por la demandada, consta que, además de una cuenta bancaria a la vista (folio 54), la demandante ha tenido otros productos bancarios como subordinadas y algunas acciones, pero todo ello por pequeñas cantidades (folios 236-241).

5) En aplicación de las condiciones del contrato, consta que la demandante ha obtenido una rentabilidad de 682,19 € (folios 266-269).

TERCERO: Naturaleza del contrato suscrito.-

Como se puede ver en cualquier medio de comunicación, los contratos de participaciones preferentes como el de autos, han provocado una amplia controversia social.

Su normativa legal se contiene 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 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.

Las participaciones preferentes no tienen una definición legal, si bien la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha señalado que son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, tienen carácter perpetuo, y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada, dependiendo su liquidez de su negociación en un mercado secundario organizado. Según reciente jurisprudencia (SAP Alicante, Secc. 4ª, 27-9-2012), las participaciones preferentes se pueden calificar como "deuda privada perpetua supeditada al cobro de beneficios del emisor y de carácter perpetuo que solo puede ser amortizado en determinados periodos, pero sin un vencimiento final, lo que implica que solo puede ser recuperado el importe inicial de la inversión en determinadas fechas, o puede no devolver nunca el capital si no quiere el emisor, pero, en todo caso, el cobro de cupones depende de los beneficios que obtenga éste".

Aunque en su regulación legal, de forma engañosa, se las califica como instrumentos de deuda, la naturaleza de este producto bancario es imprecisa e indefinida, por cuanto se trata de un híbrido entre las acciones o valores participativos de la sociedad, y las obligaciones y demás valores de deuda, aunque están más cercanas a esta última, actuando como una clase especial de acción legalmente regulada. Su función financiera, como el capital social y demás elementos componentes del patrimonio neto, está dirigida a computar como recursos propios de la entidad de crédito emisora, por lo que el dinero invertido en participaciones preferentes está sujeto, por ministerio de la ley y de forma permanente, a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión. Es decir, a diferencia las obligaciones y demás valores de deuda, que incorporan una deuda ju-

rídicamente real del emisor, restituible a voluntad del suscribiente, y con tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo, el nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, ni atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora. Por ello, se puede decir que este activo 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 rescatables, pero con la particularidad de que muchos de los derechos reconocidos al accionista normal, como el de voto y algunos patrimoniales, se excluyen por Ley.

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, e incluso tras la Ley 6/2011, puede depender de la decisión del órgano de administración del citado grupo consolidable.

B) No atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo que no tiene vencimiento, porque su regulación dispone, de forma imperativa, que el dinero captado mediante su emisión debe 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 esa entidad de crédito 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, bien 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. Dicho de otro modo, el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad.

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), y de este modo revela que es un valor de riesgo equiparable a las acciones, o en su caso a las cuotas participativas de cajas de ahorros o a las aportaciones de los cooperativistas en las cooperativas de crédito.

Por consiguiente, el riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas, pero con la particularidad de que los accionistas son titulares de los derechos de control sobre el riesgo que soportan, a través de los órganos de representación societarios, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, a quien no se le reconoce derecho alguno de participación en citados los órganos sociales de la entidad de crédito que los emite. Igualmente, 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, mientras que, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable, cuando, curiosamente, en la situación contraria sí que cabría su reducción en caso de pérdidas del emisor.

Todas estas circunstancias que concurren en la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes, como la falta de participación en los órganos sociales de la entidad emisora, la ausencia de derecho a la suscripción preferente respecto de futuras emisiones, la privación del derecho de participación en las ganancias repartible del emisor, y la imposibilidad de participar en revalorización de su patrimonio, cuando si participa de las pérdidas, cuando las hay, llevan a concluir que estamos ante un producto complejo (artículo 79 bis 8 a) de la Ley 24/1988 que introdujo la Ley 47/2007), de máximo riesgo para el suscriptor, generador de una vinculación perpetua, no habitual en la vida jurídica, de difícil comprensión, propio de la operativa bancaria, y no apto como producto de inversión para clientes minoristas. Por todo ello, su contratación exige una completa y detallada información por parte de la entidad bancaria que lo ofrece a sus clientes.

CUARTO: Deber de información.-

El deber de información de las entidades bancarias en la contratación de sus productos, está regulada en la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la Ley del Mercado de Valores, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero.

Esta normativa impone que las entidades de crédito, al colocar participaciones preferentes entre clientes minoristas, 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), figurando, entre esas obligaciones, la esencial de información (artículo 79 bis LMV). Igualmente, la entidad debe "mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes", con una información "imparcial, clara y no engañosa", la cual debe versar "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", a fin 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". En especial, se exige que la información referente a los instrumentos financieros incluya orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos.

Asimismo, la entidad prestadora de servicios de asesoramiento de inversión o de gestión de carteras, está obligada asimismo a obtener de los clientes minoristas "la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...) 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 que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan", obligándole expresamente "a abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente cuando la entidad no obtenga esta información" (art. 79 bis 6 LMV). Por ello, si en base a esa información, la entidad considera que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, tiene la "obligación de advertirle" al respecto, por lo que si el cliente "no proporciona la información indicada o ésta sea insuficiente, la entidad debe advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él" (art. 79 bis 7 y 8 LMV).

Sobre la base de estas obligaciones, en abril de 2010, el Comité Europeo de Supervisores financieros (CESR) publicó un documento que pretendía clarificar ese concepto y recientemente ha hecho lo propio la CNMV en su "Guía sobre la prestación del servicios de asesoramiento en materia de inversión" (23 de diciembre de 2010), materializando lo que se ha dado en llamar "test de idoneidad". En síntesis, los organismos supervisores consideran que se produce asesoramiento, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que sea una recomendación, es decir, debe incluir un elemento de opinión por parte de

quien presta el servicio, y no tratarse sencillamente de una información o explicación de las características y riesgo de una operación o servicio financiero, no una información o explicación de las características de un servicio o instrumento financiero; 2) Que sea personalizada explícita o implícitamente, es decir, que tenga en cuenta las circunstancias personales del cliente y se presente como idónea para él; 3) Que se refiera a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros concretos, y no de forma genérica a tipos de activos o productos financieros; 4) Que se formule al cliente a través de medios "personalizados" y no solo a través de canales de distribución dirigidos al público en general, como anuncios en prensa, TV o radio; y 5) Ser individualizado, esto es, realizarse a una persona en su calidad de inversor o posible inversor o en calidad de apoderado o representante del mismo. Todos estos requisitos deben cumplirse conjuntamente (art. 5.1.g) RD 217/2008).

Como establece la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18-4-2013, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar, con la debida diligencia a los clientes, una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación, y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

Ante esta exhaustiva obligación de informar de las entidades bancarias, los defectos en su cumplimiento, sobre todo en el aspecto relativo al carácter imparcial de tal información, y de advertencia sobre la inadecuación del valor complejo al perfil del inversor, puede dar lugar a dos nulidades concurrentes. Por un lado, la prevista en el artículo 1.303 del Código Civil, por defecto de consentimiento del suscriptor minorista, quien, influido por la falta de información adecua-

da de la entidad bancaria, sufrió un error sustancial sobre el objeto del contrato, contratando un producto bancario complejo y de alto riesgo, desconocido para él, y que conlleva la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Y por otro lado, la regulada en el artículo 79 bis, apartados 6 y 7, al omitir el test de idoneidad, vulnerando una norma imperativa sobre información, y que debe ser considerada esencial para el contrato, por cuanto persigue un objetivo querido por el ordenamiento, como es que la información prestada por las entidades financieras reúna una condiciones objetivas de corrección (clara, precisa, suficiente y tempestiva), y subjetivas en relación al cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos financieros complejos), lo que, como el caso anterior, implica también su nulidad con los mismos efectos anteriores.

Finalmente, como ya estableció la STS de 14 de noviembre de 2005, debe señalarse la carga probatoria acerca de la información facilitada al cliente sobre toda la naturaleza, efectos y evolución del contrato, debe pesar sobre el profesional financiero, por cuanto el cliente, por tratarse de la prueba de un hecho negativo, como es la ausencia de dicha información, se encontraría ante una imposibilidad probatoria.

QUINTO: La contratación de autos.-

Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba obligado a proporcionar a su cliente minorista, acerca de las características de las participaciones preferentes contratadas, así como del alcance de las obligaciones y del importante riesgo asumido por las mismas, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en la demandante sobre la esencia del negocio contratado, con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

Por un lado, en cuanto a las circunstancias personales de la demandantes se puede establecer que ostentan la calificación de clientes minoristas a los efectos señalados, puesto que el hecho de que tuviera algún valor en la entidad demandada, no puede llevar a concluir que estamos ante una inversora cualificada y profesional, puesto que se trata de contrataciones aisladas, de poca cantidad, y muy diferidas en el tiempo, solo imputables a personas que circunstancialmente invierten en productos financieros. Asimismo, por la edad de la demandante (57 años), y su escasa formación académica, pues solo cuenta con estudios primarios, no existe en la causa dato alguno que permita presumir o afirmar que estamos ante una persona conocedora del complejo mundo financiero.

Por otro lado, en cuanto a la información objetiva suministrada en el momento de la contratación, se ha de señalar que, ni en el contrato de suscripción de preferentes, ni en la batería de documentos suscritos en ese día (hasta cinco), existe una información completa, precisa, adecuada e individualizada al perfil de la cliente, y que incida en el riesgo que la inversión incorporaba, y sobre todo, sobre que el dinero entregado pudiera perderse en su totalidad.

En primer lugar, se ha de señalar que, como consta en la mayoría de estos documentos, todos se firmaron simultáneamente y a la misma hora (10 de mayo de 2011, 13,50 horas), y de forma vinculada a la contratación de un producto bancario complejo como las preferentes. Lo que, sin duda, crea cierta confusión, e incide en la verdadera comprensión de todo lo suscrito, toda vez que la firma indiscriminada de estos documentos previamente elaborados por la demandada en forma similar, y con denominaciones confusas, hace perder a la cliente la auténtica noción del contrato raíz que suscribía, aceptando todos ellos como un único contrato de adhesión, pero sin valorarlos de forma independiente y cabal, sino solo como secuelas de la inversión que pretendían realizar, que es en realidad lo único que les interesaba.

En segundo lugar, en el contrato de suscripción de las participaciones preferentes (si se puede llamar así a la hoja estereotipada suscrita por la actora), nada se dice sobre los riesgos. Ni siquiera en las condiciones particulares del envés, escrita en letra pequeña, ilegible y compleja, se hace alusión a riesgo alguno, llegando a afirmarse de forma falsa que la caja se obliga "expresa e irrevocablemente", entre otras cosas, a "recomprar al cliente los valores, en la fecha y por el precio reflejados en las condiciones particulares", cuando, por la naturaleza del producto bancario suscrito, este compromiso carecía de virtualidad. Tampoco en los otros dos documentos suscritos ese mismo día por una de las actoras, denominados "Contrato Cuenta de Valores" y "Contrato Marco Normativo de Servicios Financieros y Auxiliares", se les avisa o previene de la naturaleza arriesgada de su inversión, puesto que se limitan a describir, con un lenguaje críptico y técnico, la forma en que se desarrollarán los servicios financieros prestados por la entidad bancaria en la gestión de las preferentes suscritas.

Solo en el denominado "Información Sobre Riesgos de Instrumentos Financieros", y en el "Test de conveniencia MIFID", aportados por la demandada se contiene, de forma velada, alguna alusión a los presumibles peligros de la operación contratada, pero es claro que estas indicaciones inconexas e incompletas no pueden erigirse en la información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para el

cliente, a que se refiere la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18-4-2013 antes examinada. Si se examina el primero de los documentos, se observa que estamos ante una plantilla preelaborada por la demandada, a la que, entre varias casillas sobre conceptos financieros complejos como "volatilidad", "grado de exposición", "liquidez" o "tipo de activo", parece añadirse que estamos ante un instrumento de riesgo medio, pero sin especificar por qué es así, y sin señalar en que consiste ese riesgo. Máxime cuando el riesgo, contrariamente a lo marcado en el documento, ante la eventualidad de perder en su totalidad la inversión, es alto o muy alto. En este mismo sentido, la definición de la participación preferente, que se hace al pie del documento, tomada del concepto elaborado por la CNMV antes transcrito, sin una información complementaria que evite su incorrecta interpretación, y que haga hincapié en los riesgos que la operación implicaba, no puede considerarse como adecuada para un producto financiero de alto riesgo como ante el que nos encontramos.

Finalmente, el examen del "Test de conveniencia MIFID", pone de manifiesto la escasa trascendencia que atribuía la entidad bancaria a este documento, a efectos del conocimiento real del riesgo del producto contratado, por cuanto también está confeccionado en un modelo estereotipado, rellenándose mediante "aspas informáticas", cuestiones tan variopintas como "la actividad laboral", la "titulación académica", los "riesgos de invertir en instrumentos financieros que negocian en mercados de países o zonas geográficas expuestas o situaciones de turbulencia o inestabilidad, ya sea económica, geopolítica, etc", o "los riesgos de invertir en instrumentos financieros que impliquen la adquisición de activos denominados en monedas distintas al euro", pero sin contener información clara, precisa, personalizada y específica sobre las participaciones preferentes contratadas. Es cierto que existe una mención a éstas en la batería de las seis posibles respuestas a la cuestión planteada sobre si el cliente se encuentra familiarizado y conoce de los riesgos asociados a diversos productos bancarios, pero se debe constatar que únicamente aparece marcada la opción "no conoce ninguno de los anteriores", sin que la demandada, al parecer, la tuviera en cuenta, puesto que a pesar de esta manifestación, en el pie del documento, de forma unilateral "considera que el instrumento financiero indicado (las preferentes), resulta conveniente para el cliente". Visto este documento, se puede concluir que, no solo no cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales de información clara, específica y personalizada, sino que, oídas las manifestaciones presuntamente vertidas por las actoras de desconocimiento de las participaciones preferentes, la entidad bancaria, o bien debió suministrarle información complementaria, que no consta que hiciera, o bien debió desistir de su comercialización, sin que lo hiciera así. Tal conducta puede calificarse como de incumplimiento grave de sus obligaciones de imparcia-

lidad, buena fe, diligencia, prudencia y, en definitiva, de su compromiso de cuidar de los intereses de sus clientes como si fuesen propios.

De lo anteriormente expuesto, se puede llegar a la conclusión de que, en el presente supuesto, la entidad bancaria demandada suministró a la parte demandante una información tan incompleta y sesgada sobre el producto bancario que contrataba, que el conocimiento adquirido por ésta fue totalmente erróneo sobre la realidad de su funcionamiento, y en vez de procurarle una inversión segura, adecuada a su perfil de cliente minorista y conservador, le embarcó en una inversión de alto riesgo, con las consecuencias no queridas de pérdida total del nominal invertido. Eventualidad que, de haber sido conocida previamente por la actora, le habría llevado a no contratarlo. Por ello, en aplicación de lo previsto en los artículos 1.265 y 1.300 y ss del Código Civil, ante este error esencial, sustancial y excusable sobre el contrato litigioso, se debe declarar su nulidad.

SEXTO: Efectos de la nulidad.-

Como se ha visto, el error de consentimiento invalidante del contrato, en que incurrieron las actoras, y provocado por la mala praxis de la entidad bancaria, tiene la naturaleza de esencial, sustancial y excusable, en la forma señalada en el artículo 1.266 del Código Civil. Es esencial y sustancial porque afecta a la naturaleza de la obligación, ya que la contratante, por la falta de información recibida, desconoció en todo momento los riesgos de pérdida de la totalidad del capital invertido. Y es excusable, por cuanto la actora se dejó llevar por un empleado bancario que, presentándose como un asesor financiero imparcial en la gestión de sus ahorros, les condujo a suscribir un producto bancario de alto riesgo y perjudicial para ella, pero, sin embargo, muy beneficioso para la capitalización de la entidad bancaria a la que realmente representaba.

En cuanto a la amplitud de esta declaración de nulidad, contrariamente a lo alegado por la demandada, que considera que no puede declararse por existir un previo canje voluntario suscrito entre las partes, es claro que debe extenderse a todas estas operaciones posteriores. Ello, por dos motivos. El primero, porque estamos ante canje en cierto modo forzoso, frente al que la actora mostró su disconformidad previa, pero que aceptó y firmó posteriormente condicionada por la necesidad de obtener liquidez y salvar su patrimonio, por lo que, ante esta falta de consentimiento claro a la novación, por variación del objeto del contrato, por aplicación de lo previsto en los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil, no puede quedar vinculada por él. El segundo, porque la doctrina de la

propagación de la ineficacia del contrato, prevista en el 1.208 CC, que señala que "La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de la nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen", arrastra y se extiende al canje realizado para la conversión de las participaciones preferentes en títulos de la demandada. Como mantiene el TS en su sentencia de 17 de junio de 2010, y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las previas pérdidas del producto complejo, no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Por ello, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues que estamos ante 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. Entender lo contrario, supondría que una parte contratante, causante de la nulidad del contrato, a fin de evitar sus consecuencias, novara unilateralmente su objeto, privando así al perjudicado por la nulidad, de las acciones que legalmente le asisten para obtener la ineficacia del convenio consentido, y la consiguiente restitución de su indebida prestación. Por consiguiente, la declaración de nulidad se debe extender al canje voluntario esgrimido por la demandada.

Finalmente, ante esta declaración de nulidad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1.303 del Código Civil, las partes se deben devolver recíprocamente las prestaciones objeto del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses. Ello supone que la parte actora deberá recuperar el nominal invertido, por un importe de 40.000 €, previa deducción de la rentabilidad que percibió durante su vigencia, en la cantidad de 682,19 €, lo que arroja una suma de 39.317,81 €. Además, en aplicación del citado artículo del Código Civil, a fin de colocar a las partes en la misma situación económica existente al momento de la contratación, la parte demandada deberá abonar el interés legal devengado por esta cantidad desde la fecha de la imposición el día 11 de agosto de 2011, hasta su completo pago, y la actora deberá devolver todos los títulos percibidos, incluidas los obtenidos a través del canje voluntario.

OCTAVO: Costas.-

En virtud del principio objetivo del vencimiento establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dado el sentido estimatorio íntegro de la presente resolución, las costas procesales causadas en esta instancia, habrán de ser satisfechas por la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que **estimando íntegramente** la demanda interpuesta por la representación legal de D. XXX, contra la entidad "LIBERBANK, S.A."; **debo declarar y declaro** la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes celebrados por las partes en fecha 10 de mayo de 2011, y la nulidad del canje efectuado en el mes de abril de 2013 en acciones de la demandada, **condenando** a la demandada a la devolución del capital invertido por la cantidad de 39.317,81 €, con el interés legal devengado desde la fecha de su imposición, **acordando** que la actora proceda a la devolución de los títulos de las participaciones, haciendo expresa condena en costas a la parte demandada.

La presente resolución, no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de APELACION en el plazo de VEINTE DIAS desde su notificación en legal forma; recurso a presentar en este juzgado, para su resolución por la Iltma. AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER.

Así, por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado Juez que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el juzgado, el día de su fecha. **DOY FE.**