

**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11
VIGO**

Rúa Lalin, 4, 5ª planta
36209 VIGO
Tfnos. 986.817.409 / 10 / 11
Fax 986.817.407
Correo electrónico: instanci11.vigo@justicia.es

SENTENCIA: 00036/2013

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM.**

Demandante: **DOÑA**
Procuradora: **DOÑA**
Letrada: **DOÑA**
Demandado: **NOVAGALICIA BANCO, S.A.**
Procurador: **DON**
Letrada: **DOÑA**

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad que me confiere el Pueblo Español, se dicta la presente Sentencia en Vigo a diecinueve de febrero de dos mil trece.

Vistos por **DON JUAN CARLOS CARBALLAL PARADELA**, Magistrado-Juez de Adscripción Territorial del TSJ de Galicia, provincia de Pontevedra, con destino en el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo y su partido, los autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** seguidos con el núm. ; sobre reclamación de cantidad entre las partes arriba referidas, representadas y defendidas por los Procuradores y Letrados asimismo señalados, y constando como

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Previa diligencia de reparto fue turnado a este Juzgado demanda interpuesta por la Procuradora sra. quien actúa en nombre y representación de **DOÑA** por la que se plantea una acción de reclamación de cantidad contra **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** por importe de 20.000.-€ más intereses y costas.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 7 de setiembre de 2012, se dio traslado de la misma al demandado, sin que la contestara en tiempo y forma, por lo que fue declarado en rebeldía procesal.

Tercero.- Las partes, por medio de diligencia de ordenación de fecha 17 de diciembre, fueron convocadas a la preceptiva Audiencia Previa que se celebró el 11 de febrero. En ésta se mantuvo la controversia, ratificándose las partes en sus planteamientos iniciales, interesándose el recibimiento a prueba, y previa celebración del juicio, quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La acción ejercitada de forma principal por la actora en este procedimiento es la declaración de nulidad de la compraventa de



fecha 27 de mayo de 2009 de participaciones preferentes denominadas **CAIXANOVA Serie D.**

A tal conclusión se llega por cuanto si bien en los hechos y fundamentación jurídica de la demanda se solicita la nulidad del contrato de depósito de administración de valores y de la orden de suscripción de valores, la propia parte demandada en su contestación, párrafo segundo del hecho primero, asume que el objeto de la controversia es la nulidad del contrato de compra de las participaciones preferentes adquiridas por la actora y formalizadas por medio de la orden de compra de valores y del contrato de administración de valores ya referidos.

Dicho planteamiento obiter dicta, que ninguna objeción planteó entre las partes, asumiendo la demandada su propia legitimación pasiva en el procedimiento, surge tras la lectura del folleto unido a la contestación a la demanda en donde consta que el emisor de las participaciones preferentes no ha sido la entidad demandada, sino **CAIXANOVA EMISIONES S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL** (folio 77 de autos), mientras que **CAIXANOVA**, hoy **NOVAGALICIA BANCO**, se limitó a colocar las participaciones preferentes emitidas por su filial a través de sus oficinas y red comercial y a actuar como garante de la operación.

CAIXANOVA EMISIONES S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL se constituyó, con carácter indefinido, el 23 de septiembre de 2004. Su objeto social lo constituye la emisión de participaciones preferentes conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 de 25 mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, conforme la redacción dada a la misma por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 19/2003 de 4 julio sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales, así como la normativa que la desarrolle, complemente o modifique.

La referida sociedad está integrada en el grupo **CAIXANOVA**, hoy **NOVAGALICIA BANCO**, cuya sociedad matriz es la accionista única de la sociedad.

En el folleto de la emisión de la Participaciones Preferentes de la serie D, que se puede analizar en la página web <http://www.cnmv.es/Portal/Consultas/Folletos/FolletosEmisionOPV.aspx?isin=ES0169075050> se dice que "en su reunión de fecha 26 de marzo de 2009, el Consejo de administración de Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra (**CAIXANOVA**), acordó garantizar con carácter solidario irrevocable, y con renuncia a los beneficios excusión, división y orden, las obligaciones que se deriven para que **CAIXANOVA EMISIONES S. A.** (Sociedad unipersonal) (el "Emisor") como consecuencia de la emisión de hasta un máximo de UN MILLON TRESCIENTAS MIL participaciones preferentes, de CIEN euros de valor nominal cada una, para su colocación en el mercado español y, en su caso, en los mercados internacionales, conformando todas ellas una única serie D (en adelante, la "Emisión"), en los términos establecidos en el Documento de Garantía emitido por Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra (**CAIXANOVA**) y que se resume en el apartado 2 siguiente (la "Garantía")" y añade que "con sujeción a

los clientes con mínimos niveles de formación estos productos con engaño y malas artes.

Tercero.- No existe duda que el contrato bancario objeto de litis supone un contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en la redacción de dicho documento, el cual han sido elaborado por la entidad bancaria.

Tampoco existe controversia sobre que la sra. debe ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de consumidor y, por tanto, siendo merecedora de la máxima protección.

En este sentido cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al Banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, sobre la solvencia del emisor y garante.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha indicado sobre este producto 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 ... Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión..."(http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Fichas/Fichas_Preferentes.pdf).

Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito, frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios.

El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro



ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

La STS de 14 de noviembre de 2005, sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, afirma que la diligencia en el asesoramiento 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 y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo.

Pero en algunas ocasiones la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 y bajo la rúbrica "concepto general de consumidor y de usuario", contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "a los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la actora. Debemos recordar que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otros, "la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...".



En la contestación a la demanda se afirma que la demandante, al firmar los documentos que aporta, viene a reconocer que comprende el contenido del producto pese a que requiere la utilización de términos y expresiones técnicas y complejas, comprendiendo en particular que el producto implica un riesgo relevante sobre amortización anticipada por parte del emisor, posible pérdida de parte del capital invertido y su falta de liquidez.



Sin embargo, ello no se corresponde con el perfil inversor anterior de la actora y contraviene de forma expresa la intención, que expresamente se había manifestado a la Directora de la oficina bancaria, acerca de la necesidad de disponer del dinero sin limitación alguna y con plena liquidez.

A mayores de lo dicho, debe recordarse que la comercialización de participaciones preferentes se utilizó a partir de 2008, y especialmente durante el 2009 y 2010, por los bancos ante la necesidad de liquidez, comenzando a comercializar masivamente las participaciones preferentes y procediendo -en la mayoría de los casos- a realizar agresivas campañas comerciales para captar los fondos de pequeños ahorradores y jubilados, con la finalidad de aumentar los fondos propios.

Dado que el contrato está emitido con características financieras no estándares y de naturaleza compleja, los clientes no especializados en el conocimiento y uso de productos derivados difícilmente pueden solicitar este tipo de productos y, en mucho menor medida, negociar en términos de igualdad sus cláusulas. Ninguna lógica existe, aplicando criterios de razonabilidad, para rescindir un depósito a plazo fijo antes de su vencimiento y que da plena liquidez al nominal invertido, y suscribir un nuevo producto que no permite dicha liquidez, sino cumpliéndose una serie de variables, cuya duración es perpetua, y que incluso permite la pérdida íntegra del capital invertido.

El carácter del complejo instrumento financiero sobre el que recae la operación tiene mucha relevancia. La Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma que "... en un contexto de campañas internas de distribución masiva de productos complejos de riesgo medio o alto (participaciones preferentes, bonos estructurados en capital garantizado, contratos financieros atípicos, derivados, etc.) entre los clientes de banca comercial, es posible que se utilice un lenguaje con elementos de opinión presentando la inversión como idónea para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero, es decir, **el riesgo de prestar el servicio de asesoramiento en materia de inversión de forma inadvertida es mucho mayor...**" (Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión de la CNMV de 23 de diciembre de 2010 asequible en http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaAsesoramientoInversion.pdf).



La complejidad de los productos financieros aumenta la asimetría entre el cliente y la entidad, ocasionando un desequilibrio que empuja, en la mayor parte de los casos, a las entidades financieras a transmitir recomendaciones activas y orientadas a la contratación como un elemento sustitutivo de la información técnica del producto, que el cliente no puede valorar por su carencia de experiencia, conocimientos financieros específicos y medios técnicos especializados. Los productos financieros deben ser creados por el banco *ad hoc* tomando en consideración las circunstancias particulares del cliente, esto es, en el proceso de contratación han de tener que tomarse en cuenta tanto la situación financiera como los objetivos de inversión del cliente. En el caso que nos ocupa el producto es demasiado complejo como para que el cliente no experto en los mercados financieros lo pueda solicitar por sí mismo, habiéndose además probado por las declaraciones de la directora de la sucursal que el banco tenía una campaña de distribución de este producto y que fue iniciativa del propio banco la oferta de este producto a la cliente, habiendo asesorada a ésta, si bien de forma aviesa, sobre las ventajas del producto ofertado.

En el documento "Questions and Answers, Understanding the definition of advice under Midif" de abril de 2010 (referencia CESR/10-293) recogido en la Guía de Asesoramiento en materia de inversión de la CNMV de fecha 23 de diciembre de 2010, se indica que para la concurrencia de asesoramiento en materia de inversión han de cumplirse dos requisitos fundamentales:

- ▲ que exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos, ya sea explícita o implícita, y
- ▲ que la recomendación sea personalizada, es decir, que se presente como idóneo al inversor basándose en sus circunstancias personales

El artículo 5.1 g) del Real Decreto 217/2008 define una recomendación personal como "... la recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de representante o apoderado de aquel" añadiendo que "la recomendación deberá presentarse como idónea para esa persona, basándose en una consideración de sus circunstancias personales y deberá consistir en una recomendación para realizar alguna de las siguientes acciones:

- 1.- comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico.
- 2.- ejercitar o no ejercitar cualquier derecho conferido por un instrumento financiero determinado para comprar, vender, suscribir, canjear o reembolsar un instrumento financiero ..."



En consecuencia, los elementos que caracterizan a una recomendación personalizada explícita o implícita son dos: que la propuesta vaya dirigida a un inversor concreto y que se presente como idónea para este inversor basándose sus constancias personales.

Si los productos fueron contratados a través de un canal directo, como es una oficina bancaria, sobre un producto concreto para un objetivo específico (participaciones preferentes con la condición de inversión con plena liquidez) y tomando en cuenta las circunstancias personales del inversor (perfil conservador) resulta evidente que el servicio de facto prestado por la sra. [redacted], como directora de la oficina de Caixanova, fue el de asesoramiento financiero en materia de inversión.

Según los criterios de la CNMV, si una entidad no quiere prestar asesoramiento en materia de inversión no sería suficiente con la utilización de un disclaimer o descargo de responsabilidad la documentación entregada al cliente (como se refiere por la demandada al folio 5 de su contestación) o con indicarlo expresamente en los procedimientos internos o comunicaciones internas a la red comercial. Estas medidas por sí mismas no son suficientes para considerar que no se está prestando el servicio de asesoramiento en materia de inversión. Como se ha indicado anteriormente, **lo verdaderamente relevante para analizar si existe o no asesoramiento es determinar si se ha producido una recomendación personalizada** (Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión de la CNMV de 23 de diciembre de 2010).

Siguiendo lo establecido en dicho documento oficial, el servicio de asesoramiento en materia de inversión se puede prestar en diferentes contextos:

- Asesoramiento recurrente. En este tipo de asesoramiento el cliente tiene una relación continuada con su asesor que periódicamente le presenta recomendaciones de inversión.
- Asesoramiento puntual o venta asesorada. En general, la relación comercial con el cliente no se desarrolla en el ámbito del asesoramiento. Sin embargo, esporádicamente, la entidad puede realizar al cliente recomendaciones de inversión.

En general, puede entenderse que el asesoramiento en materia de inversión a clientes que pertenecen a un segmento comercial separado (banca privada o banca personal) se sitúa en el contexto denominado como asesoramiento recurrente. En cambio, en el segmento comercial genérico (banca comercial o banca universal), cuando se presentan recomendaciones de inversión en el ámbito de la idoneidad, se sitúan más frecuentemente en la esfera del asesoramiento en materia de inversión que se ha denominado anteriormente asesoramiento puntual.

Una entidad no puede recomendar productos no idóneos para el cliente. Ello implica que, antes de emitir recomendaciones personalizadas, la entidad debe obtener una determinada información para poder concluir si el producto es o no idóneo para el cliente y, en consecuencia, si puede seguir adelante emitiendo la recomendación como establece el artículo 79 bis apartado 6 de la Ley del Mercado



de Valores: "la entidad obtendrá 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 aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Únicamente se considera como excepción para el caso de clientes profesionales (no resultando aplicable al presente caso).

Por ello, debe considerarse como no idónea toda operación que implique un grado de riesgo no acorde al perfil del inversor o también será no idónea aquella recomendación de un producto que aumenta el riesgo y los costes potenciales de perder la totalidad de la inversión cuando el perfil del cliente es conservadora.

En conclusión con lo dicho, la realización de recomendaciones personalizadas no idóneas son contrarias al precepto legal que se acaba de referir.

Asimismo, las entidades que prestan servicios de asesoramiento financiero en materia de inversión deberán actuar en interés del cliente, como estipula el Real Decreto 217/2008, que refuerza este precepto.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores define una recomendación de inversión idónea como aquella que **"cumpliendo los objetivos de inversión del cliente, el cliente pueda asumir, desde el punto de vista financiero, cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión y cuente con conocimientos y experiencia suficientes para comprender la naturaleza de la inversión"** (Guía de actuación para análisis de la conveniencia e idoneidad de la CNMV de 17/6/2010 asequible en http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaConvenienciaIdoneidad.pdf).

Aún en el caso que pudiera estimarse el servicio como ejecución de órdenes o comercialización simple (lo que debe descartarse a tenor de la normativa referida), la entidad bancaria debería cerciorarse que los conocimientos y experiencia del inversor concuerdan con el perfil de riesgo del producto. En el caso de inversores minoristas, como es el caso, dado que estaríamos hablando de un nivel máximo de protección, el nivel de diligencia en la comercialización de productos financieros implica tanto la recomendación de productos adecuados a sus conocimientos y experiencia inversora así como a sus objetivos de inversión y situación financiera, debiendo informar al cliente sobre el producto y sus riesgos de forma clara e imparcial para que el cliente evalúe si se ajusta a sus necesidades y pueda tomar decisiones de inversión fundadas.




Así resulta de lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores (artículo 79 bis 7) y en el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, según los cuales las entidades financieras, como previo paso a la comercialización de productos financieros deben evaluar a sus clientes a fin de conocer la experiencia inversora del cliente, su situación financiera, nivel de conocimientos financieros y sus objetivos de inversión.

Es la entidad la que debe evaluar al cliente y al producto. Se ha aportado con la contestación a la demanda un test de conocimientos y experiencia de inversión financiera cuyos datos no coinciden con los datos de experiencia histórica de la cliente en **CAIXANOVA**. No consta que la demandante esté familiarizada o conozca suficientemente productos de riesgo medio tales como acciones o participaciones preferentes cotizadas, fondos de inversión en renta variable o renta variable mixta, fondos inmobiliarios, renta fija privada de alto rating que no disponga de alta liquidez o esté denominada en divisas, deuda pública en divisas y otros productos de riesgo medio, ya que su perfil, como la propia directora de la sucursal ha dicho, era netamente conservadora, limitándose a tener productos de plazo fijo sin riesgos asociados, pese a lo cual se hace constar una "x" en el cuadro de riesgo medio, lo que es falaz. No hay duda de que dicho test fue rellenado unilateralmente por empleados de **CAIXANOVA** para amparar su ulterior actuación y dar cobertura a la suscripción de la compraventa de participaciones preferentes, tal y como se evidencia porque las respuestas aparecen reflejadas de forma mecanográfica, aspecto que puede corroborar dicha anterior hipótesis como plausible, sin que conste efectiva intervención de la cliente, pues ello fue negado sin que se haya prueba bastante en contra.

La opacidad de la finalidad de la contratación (pues no parece razonable, como se ha dicho con anterioridad, que un inversor de naturaleza netamente conservadora asuma el riesgo de perder toda su inversión en un producto de naturaleza perpetua) unido a la asimétrica relación existente entre el riesgo de la operación, su beneficio potencial y el perfil del cliente minorista, debe llevarnos a analizar si otras motivaciones indujeron a la entidad bancaria a recomendar una venta de riesgo inadecuada y altamente especulativa como son las participaciones preferentes.

En el folleto de la emisión de la Participaciones Preferentes de la serie D, que se puede analizar en la página web <http://www.cnmv.es/Portal/Consultas/Folletos/FolletosEmisionOPV.aspx?isin=ES0169075050> se explica cuál es la contrapartida de las participaciones preferentes, al señalar que "los fondos obtenidos de la emisión de las Participaciones Preferentes Serie D (la "Emisión" y cada una de ellas, una "Participación Preferente Serie D") se destinarán a fortalecer los recursos propios del Grupo Caixanova. De conformidad con la ley 13/1985 según la redacción dada por la ley 19/2003, el Emisor deberá depositar en su totalidad los recursos obtenidos, descontados los gastos de emisión y gestión, de forma permanente en el Garante o en otra entidad de su grupo o subgrupo consolidable (...) Caixanova ha solicitado con fecha 6 de abril de 2009 al Banco de España, el cómputo de las Participaciones



Preferentes Serie D objeto de la presente Emisión como recursos propios computables del Grupo Caixanova".

Por ello se observa que la razón esencial de ofrecer las participaciones preferentes no es el interés del cliente, que legalmente sería lo único a lo que podría atenerse la entidad bancaria en su labor de asesoramiento financiero, sino el de fortalecer los recursos propios de Caixanova.

El artículo 44 del Real Decreto 217/2008 enumera las posibles situaciones potencialmente generadoras de conflicto de intereses:

a).- la entidad o la persona en cuestión puede obtener un beneficio financiero, o evitar una pérdida financiera, a costa del cliente;

b).- tiene interés en el resultado del servicio prestado o de la operación efectuada por cuenta del cliente, distinto del interés del propio cliente en ese resultado;

c).- tiene incentivos financieros o de cualquier otro tipo para favorecer los intereses de terceros clientes, frente a los propios intereses del cliente en cuestión;

d).- la actividad profesional es idéntica a la del cliente;

e).- recibe, o va a recibir, de un tercero un incentivo en relación con el servicio prestado al cliente, en dinero, bienes o servicios, distinto de la comisión o retribución habitual por el servicio en cuestión.

Por tanto, el conflicto no surge tanto porque la entidad busque un beneficio propio, algo consustancial a cualquier actividad con ánimo de lucro, sino que ese beneficio actúe en contra de los intereses del cliente o a costa de los mismos.

El caso que nos ocupa define un supuesto recurrente de conflicto de intereses, pues existe una concentración entre el creador, estructurador, comercializador y agente de cálculo en la contrapartida del cliente en una misma entidad (Caixanova) y donde la entidad financiera, bien adopta posiciones contrarias a las que recomienda, bien recomienda productos no adecuados a sus clientes, sin informar a los inversores de los factores condicionantes, y obteniendo un beneficio a costa de los intereses de sus clientes.

Ya se ha indicado anteriormente que formalmente el emisor de las participaciones preferentes es **CAIXANOVA EMISIONES S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL** si bien dicha sociedad pertenece al 100% al grupo



del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo-, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio..."

En el caso que nos ocupa no se ha podido demostrar un debido asesoramiento hacia el cliente, teniendo en cuenta su perfil conservador y la inversión interesada.

Cuarto.- En relación al error de consentimiento señala el Código Civil:

- Artículo 1261. "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

Consentimiento de los contratantes.

Objeto cierto que sea materia del contrato.

Causa de la obligación que se establezca".

- Artículo 1265. "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"

- Artículo 1266. "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

Por otro lado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, indica:

- Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente

en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

- Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios. "Son derechos básicos de los consumidores y usuarios (...)

b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

d. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (...)"

- Artículo 60. Información previa al contrato. "1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo (...)"

- Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente. "1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. (...)"

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores señala en su artículo 78: "Sujetos obligados. 1. Quienes presten servicios de inversión deberán respetar:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



Las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo.

Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta (...)"

- Artículo 79. Obligación de diligencia y transparencia. "Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo (...)"

- Artículo 79 bis. Obligaciones de información. "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.



4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá 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 aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...)"

No se le dio al cliente información suficiente sobre los riesgos que asumía, máxime cuando la demandante no era una persona experimentada y cabe considerar que ni tan siquiera conocedora de este tipo de contratos complejos, lo que implica la existencia de vicio en la prestación del consentimiento.

Como dice la STS de 17 de febrero de 2005 "ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (SS 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)".

Dice la STS de 12 de noviembre de 2004, con cita de la STS de 24 de enero de 2003 que "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las SS 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en la penúltima de las citadas que la doctrina y la jurisprudencia viene



reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia; con cita de otras varias, la S 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párr. 1.º del art. 1265 del CC y establece que será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (SS 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".

Expuesto cuanto antecede y aclarado que la acción que se interpone como principal es la de Nulidad; que los productos que fueron contratados tenían la característica o calificación de complejos; que la obligación que tenía la entidad **CAIXANOVA** era la de informar a sus clientes antes de suscribir productos de esta clase; y que la carga de probar la concurrencia de tal información corresponde a la entidad financiera demandada, debe concretarse si en el presente caso la demandante fue debidamente informada del producto que iba a suscribir y si fue consciente o conocía lo que realmente estaba suscribiendo o, por el contrario, no concurrió tal información y existió un error en el consentimiento que invalida tales contratos, debiendo tenerse en cuenta como punto de partida que el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012 (ROJ: **STS 7843/2012**) señala que:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta

materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977-.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales al supuesto de autos y teniendo en cuenta que el error invalidante del consentimiento contractual es una mera cuestión de hecho a solventar conforme al resultado de la prueba practicada en el caso concreto, este Juzgador considera que en el presente caso el consentimiento que prestó DOÑA [redacted] al firmar las órdenes de compra de participaciones preferentes Serie D con ISIN núm. ES0169075050 de 27 de mayo de 2009 por un nominal de 20.000.-€, y formalizado a través del contrato de depósito o administración de valores núm. 2080 0205 70 4070004339 y de la orden de suscripción de valores núm. 2007094118 carece de validez o, lo que es lo mismo, fue nulo.

Efectivamente, a DOÑA [redacted], pese a ser cliente de CAIXANOVA, no se la calificó convenientemente para saber cuál era su perfil como inversora antes de ofrecerle los productos adecuados a sus finalidades, ni se le informó suficientemente de la naturaleza del producto que iba a suscribir por parte de los empleados de la entidad bancaria demandada.

Así se desprende de la declaración de la sra. [redacted], directora de la sucursal, quien mantuvo que la información se la dio ella misma, y que le dijo que eran como unas acciones sin derecho a voto perpetuas pero con plena liquidez, con un interés muy bueno, si bien reconoció que no era consciente de que se podía perder todo el dinero invertido. Es cierto que aparece firmado el folleto de la suscripción, en donde aparecen cuáles son las verdaderas características del producto, pero como se le hizo ver a la directora de sucursal, testigo en el proceso, resulta que la literalidad de dicho folleto contradice de manera palmaria el asesoramiento verbal y personal ofrecido por la misma a la actora, sin que haya dado razón creíble de por qué ofreció tal información inveraz, salvo reconocer que tales eran las consignas de los jefes de zona.

En el presente supuesto debe apreciarse la existencia de error en el consentimiento por parte de DOÑA [redacted] en cuanto a lo que constituye el objeto del contrato, es decir la clase de inversión contratada, ya que siempre estuvo en la creencia de que firmaba un depósito a plazo similar al que tenía contratado, tal y como le manifestó a la directora de la oficina que intervino en la formalización del contrato, la cual le aseguró la efectiva liquidez



del producto, siendo la realidad muy distinta, ya que las participaciones preferentes adquiridas se emitieron con carácter perpetuo, tal y como pudo advertir cuando pidió el reembolso del dinero depositado, lo que contraviene de forma clara la voluntad manifestada por la demandante, pues de haber sabido lo que contrataba no lo hubiera firmado.

En este consentimiento prestado por error concurren todos los presupuestos antes analizados:

1.- se proyecta sobre un elemento esencial del contrato, es decir, sobre la creencia de la plena liquidez del producto y sobre la imposibilidad de poder perder lo invertido, lo que motivó la contratación del producto.

2.- esta creencia se objetivó mediante el asesoramiento dado por los empleados de la oficina de **CAIXANOVA** en A Ramallosa, en especial de la directora de sucursal, sra. , los cuales buscaron al cliente para ofrecerle el producto, y no al revés.

3.- y aunque el Banco hubiera informado sobre el carácter perpetuo de las participaciones preferentes, siempre hizo ver a la cliente que podía obtener plena liquidez del producto en cualquier momento introduciendo, falsariamente, la añagaza de un plazo quinquenal, como si se tratara de un plazo fijo, cuando resulta que dicho plazo es sólo para el banco pues se refiere a la posibilidad de amortización por parte del emisor, mientras que para el cliente el plazo de suscripción es perpetuo.

4.- se trata de un error excusable, ya que la actora no es una cliente dedicada a realizar operaciones en mercados no organizados o a especular en mercados financieros, sino que es una cliente que trata de obtener algún beneficio con los ahorros que tiene, y confía en la información que le transmite la propia directora de la sucursal de barrio con la que siempre ha trabajado manteniendo allí sus depósitos.

Consecuentemente con todo lo expuesto, entendiéndose que la hoy demandante nunca conoció el contenido de las órdenes de compra que firmó al existir por su parte un error excusable sobre el mismo derivado de la ausencia total de información acerca de su naturaleza perpetua y su funcionamiento, debe estimarse la pretensión que con carácter principal plantea la actora y declarar la nulidad de los contratos de compra de productos financieros denominados participaciones preferentes Serie D con ISIN núm. ES0169075050 de 27 de mayo de 2009 por un nominal de 20.000.-€, y formalizado a través del contrato de depósito o administración de valores núm. 2080 0205 70 4070004339 y de la orden de suscripción de valores núm. 2007094118 con las consecuencias inherentes a tal declaración, es



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

decir, con la condena de la entidad demandada a restituir la cantidad que fue invertida.

Quinto.- El art. 408 LEC establece que "si frente la pretensión actora de condena al pago de una cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo a su favor que pudiera corresponder".

NOVAGALICIA BANCO pretende que, si tuviese que devolver el principal reclamado, debería ello compensarse con los intereses cobrados por la parte actora, y que cuantifica en 4.151,46.-€, alegando que la consecuencia obligada de la nulidad que se pretende no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 del Código Civil).

No obstante se entiende que (sin perjuicio de lo que luego se dirá), declarada la nulidad, se habrá de reembolsar el nominal de las participaciones preferentes, sin que por el contrario haya que reintegrar los intereses percibidos, pues en caso contrario se produciría un manifiesto enriquecimiento injusto por la entidad bancaria.

Y ello es así porque, en esencia, los motivos que llevan a justificar el error en el consentimiento derivan del hecho de que se vendió un producto como si fuera un **depósito rescatable** en cualquier momento, cuando en realidad se trataba de un **producto sin vencimiento** y, por tanto, con un **elevado riesgo** de iliquidez y de variación de precio. Debe recordarse que las **participaciones preferentes** son valores emitidos por una sociedad que no confieren **participación** en su capital ni derecho de voto, y que tienen **carácter perpetuo** (no tienen vencimiento) y su **rentabilidad no está garantizada**. Se trata, pues, de un instrumento **complejo y de riesgo elevado**, pudiéndose perder el capital invertido.

En definitiva, cuando una persona deposita un dinero a plazo en un banco recibe una contraprestación (interés), que varía según el tipo de contrato y el tiempo de contratación, de modo que a su vencimiento se reintegra el principal depositado más los intereses netos que procedan.

Si se declara la nulidad, tal y como se propone, los intereses que dicho producto ha generado deben quedar en poder del cliente, pues ésta es la legítima retribución que se espera del depósito contratado. De no ser así, se daría la paradoja de que el Banco si habría obtenido una rentabilidad, no cuantificada, que no tendría que compensar, ya que con el dinero que se le entregó en depósito negoció en el mercado y obtuvo rentabilidad, y por el contrario el cliente vería que por ese dinero no se le daría retribución alguna y, además, no se le compensaría por su pérdida de valor, ya que se le reintegraría el valor neto de la aportación inicial menos los intereses recibidos, y ese dinero habría perdido valor por los sucesivos incrementos del IPC durante los años de duración del depósito. Indudablemente tal resultado sólo estaría beneficiando al

Banco, lo que es contrario a la buena fe y supone un enriquecimiento injusto.

La interpretación que se propone tiene su apoyo en la STS de 17 de junio de 2010 (ROJ: **STS 4216/2010**), que dice que "el hecho de que no se haya anulado una determinada operación económica no obsta a que las consecuencias económicas de la misma puedan ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula, si se aprecia, como ha apreciado la sentencia recurrida, la existencia de la debida vinculación causal. El artículo 1303 CC, invocado como infringido, no se opone a ello, pues su propósito es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto de la invalidez y la jurisprudencia ha declarado que la obligación que en él se establece para los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato nulo, con sus frutos, y el precio con los intereses, puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas económicos derivados de la nulidad contractual, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones contenidos en los artículos 1101 y siguientes CC, que establecen la obligación de resarcir los perjuicios nacidos del incumplimiento, teniendo en cuenta su carácter previsible o su vinculación con el hecho que da lugar a ellos (STS de 26 de julio de 2000)".

El artículo 1303 CC parece imponer siempre, a quien por razón de nulidad del contrato ha de devolver cosa fructífera, la restitución de los frutos junto con la cosa. Pero, además de cierta imprecisión (ya que no indica qué frutos - los percibidos o los debidos percibir - son los abonables), la doctrina (entre otros Federico De Castro) denunció desde la entrada en vigor del Código cierta contradicción con el artículo 451 CC, que atribuye al poseedor de buena fe los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Y es claro que quien recibió la cosa en virtud de contrato nulo puede perfectamente ser poseedor a título de dueño (o en otro concepto que igualmente le permita la apropiación de los frutos) y de buena fe.

La explicación de la desafortunada dicción del artículo 1303 a este respecto parece residir en que se olvida dicho precepto de que el obligado a restituir puede ser de buena fe. Olvido que no es extraño, dado que el legislador, en esta sede, se ocupa explícitamente, ante todo, de supuestos de anulabilidad, en que casi siempre el contratante a quien se pide ha actuado de mala fe. Este olvido es evidente en el artículo 1302, y se percibe igualmente el artículo 1307. Hay así base firme para apreciar una laguna oculta en el artículo 1303, que no se ha ocupado de los contratantes de buena fe, ni ha precisado qué frutos han de restituir los de mala: laguna que habrá de colmarse con la aplicación de los artículos 451, 455 y 1896.

En resumen, el contratante que ni conoció ni debió conocer la invalidez del contrato hace suyos los frutos percibidos y nada ha de abonar en este concepto; mientras que quien se encuentra en el caso contrario (mala fe) ha de abonar los frutos percibidos y los que su contratante hubiera podido percibir.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



En conclusión, dado que la actora no ha provocado ni dolosa ni por error la nulidad contractual, y toda vez que ha percibido los intereses a título de dueño y con buena fe, no habría de devolver los frutos percibidos (intereses contractuales) conforme dispone el art. 451 CC.



Sin embargo, debe atenderse al principio dispositivo, y los intereses se calcularán, en ejecución de sentencia, sobre las siguientes bases: sobre el nominal del producto se aplicará, desde la fecha de contratación, y hasta la fecha de esta sentencia, un interés equivalente al tipo de interés habitual de los depósitos a plazo fijo ofertados en la fecha de suscripción por Caixanova, y desde esta sentencia se aplicará el régimen general del art. 576 LEC hasta efectivo pago. La cantidad obtenida bajo estos criterios se compensará con los intereses ya percibidos.

Sexto.- Habiendo sido estimada la demanda, las costas se impondrán a la parte vencida.

PARTE DISPOSITIVA

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda deducida por la Procuradora sra. ; quien actúa en nombre y representación de **DOÑA** por la que se plantea una acción de reclamación de cantidad contra **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** y, en su virtud:

1.- **DECLARO** la nulidad del contrato de compraventa de participaciones preferentes Serie D con ISIN núm. ES0169075050 de 27 de mayo de 2009 por un nominal de 20.000.-€ suscrito entre parte actora y demandada, y formalizado a través del contrato de depósito o administración de valores núm. 2080 0205 70 4070004339 y de la orden de suscripción de valores núm. 2007094118 por vicio del consentimiento.

2.- **CONDENO** a **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** a abonar a la actora la cantidad de **VEINTE MIL EUROS (20.000.-€)**.

3.- **CONDENO** a **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** a estar y pasar por esta declaración y, en su consecuencia, a que abone a la actora la referida cantidad de principal junto con los intereses en la forma determinada en el fundamento jurídico quinto.

4.- Costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta sentencia cabe recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este órgano judicial.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el



Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 0861 0000 04 664 12, indicando en el campo "concepto", la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Asimismo, la interposición del recurso de apelación queda condicionada al pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil que corresponda conforme se establece en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, excepción hecha de que el recurrente sea una de las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora.

Se advierte que los sujetos pasivos autoliquidarán esta tasa conforme al modelo oficial establecido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y procederán a su ingreso en el Tesoro Público con arreglo a lo dispuesto en la legislación tributaria general y en las normas reglamentarias de desarrollo de este artículo, debiendo adjuntar el justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo.

En caso de que no se acompañe dicho justificante, no se dará curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

Así por esta mi Sentencia la pronuncio, mando y firmo en la fecha y lugar arriba supraescritos.