ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

XDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
O PORRIÑO

SENTENCIA: 00044/2013

Procedimiento: Juicio Ordinario 416/12

SENTENCIA

En O Porriño, a 26 de marzo de 2013.

Vistos por mí, Patricia López Arranz, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de O Porriño, los presentes autos de Juicio Ordinario promovido por D. XXXX XXXX XXXX y Dª XXXX XXXX XXXXX, representados por el procurador D. Francisco Javier Varela González y asistidos por el letrado D. Juan Gaisse Fariña, frente a NCG Banco, S.A., representada por el procurador D. Juan Manuel Señoráns Arca y asistida de la letrada Dª Carmen Campos Baz, procedo a dictar sentencia de conformidad con los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El procurador D. Francisco Javier Varela González, en la representación que se ha hecho constar, presentó en este Juzgado escrito de demanda el día 26 de julio de 2012 en el que se solicita que se declare la nulidad de los contratos nº 2007038661 de fecha 4 de enero de 2008, nº 2007054268 de fecha 11 de junio de 2008 y nº 2007064202 de fecha 10 de octubre de 2008, de compra de títulos denominados "4711620007 PART CAIXANOVA 05-MY" con la consecuencia de que se reponga la situación anterior a la firma de los mismos. Que se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a D. XXXX XXXX XXXX y Dª XXXX XXXX XXXXX conjunta y solidariamente la cantidad de 74.775,54 euros. Que se condene a la demandada al pago de los intereses generados desde la interpelación judicial y costas.

SEGUNDO. El 27 de septiembre de 2012 se dictó decreto admitiéndose a trámite la demanda y se dio traslado de la misma a la parte demandada para contestarla en 20 días.

El 8 de noviembre de 2012 presentó la parte demandada escrito de contestación a la demanda oponiéndose a la misma y planteó excepción de compensación. Contestada ésta, se citó a las partes a la audiencia previa.

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

TERCERO. La audiencia se celebró el 21 de enero de 2013 compareciendo las partes debidamente representadas y asistidas. Al inicio, manifestaron la imposibilidad de alcanzar un acuerdo. Efectuada alegación aclaratoria por la parte demandante y tras la fijación de los hechos controvertidos, se propuso la prueba. Una vez admitida, se señaló fecha para la celebración de juicio.

CUARTO. El juicio se celebró el día 25 de marzo de 2013. Se practicó la prueba y tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Ejercita la parte actora acción de nulidad contractual por ausencia de consentimiento para la celebración del contrato de compra-venta de participaciones preferentes y alternativamente, acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, en concreto, el error y el dolo. Expone en su escrito que a lo largo del año 2008, siguiendo el consejo del interventor de la oficina de Caixanova de Puxeiros, D. XXXX invirtió todos los ahorros del matrimonio en participaciones preferentes. En total, 69.900 euros. El interventor le explicó que se trataba de un depósito de alta remuneración, sin riesgo y de fácil conversión en dinero en caso de que se necesitase disponer del mismo. Concretamente, al manifestar el cliente que podría necesitar el dinero, se le indicó que en el momento en que lo necesitase bastaría dar la orden y en menos de quince días lo tendría en su poder. A primeros de 2012, cuando los actores decidieron retirar el dinero, se encontraron con la negativa de la entidad demandada, la cual alegaba que no era posible reintegrar el dinero invertido. Fue entonces cuando tuvieron cabal conocimiento de que no eran titulares de un depósito, sino de un producto complejo cuya comprensión se les escapaba y que tenía vencimiento el 31 de diciembre de 2050.

Se opone la demandada invocando en primer lugar la excepción de caducidad. En cuanto al fondo, niega que concurra vicio alguno de nulidad dado que el demandante conocía perfectamente las condiciones del producto contratado y las características de la emisión. Asimismo, se planteó la excepción de compensación que fue oportunamente contestada por la adversa.

SEGUNDO. Para analizar la excepción de caducidad, debe partirse en primer lugar del tipo de acción ejercitada. Por lo que respecta a la nulidad radical por ausencia de consentimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 1261 Código Civil, no es de aplicación el plazo de caducidad de cuatro años que establece el artículo 1302 CC. Cuando no concurren en el negocio jurídico controvertido los requisitos establecidos en el artículo 1261 del Código Civil, estamos en

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, cuya declaración puede solicitarse sin sujeción a plazo alguno, pues, como dicen las SSTS de 4 de noviembre de 1996 y 14 de marzo de 2000, entre otras muchas, "la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción".

Por el contrario, la acción de nulidad relativa o de anulabilidad por vicios del consentimiento se sujeta al plazo establecido en el art. 1301 CC, esto es, cuatro años, comenzando el cómputo en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Considera la parte que la acción está caducada por cuanto la adquisición de las participaciones se formalizó y consumó definitivamente en las siguientes fechas: 4 de enero, 11 de junio y 10 de octubre de 2008.

Uno de los caracteres del producto de *litis* es la perpetuidad, no estando sometido a plazo de vencimiento. Tratándose, pues, de un contrato de tracto sucesivo, la fecha de ejercicio de la acción de anulación no debe considerarse caducada hasta que se consuma el contrato. Dice la STS 11/6/03 que "el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 (RJ 1984, 3939) que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2201) precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato». Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2669) cuando dice, «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó».

En aplicación de lo anterior, se entiende que la acción no está caducada, al estar el contrato desenvolviendo sus efectos jurídicos y económicos de forma plena. Se desestima, pues, la excepción.

TERCERO. Sobre las participaciones preferentes dice la SAP Pontevedra 25/4/12 que "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, los rumores sobre la solvencia del emisor. La Comisión Nacional del Mercado de Valores 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..."
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

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

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).

En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros , y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se 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. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses.
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...".

Partiendo de la DA 2ª Ley 13/1985, de 25 de mayo, pueden definirse cuatro aspectos básicos de este producto:

1. Rentabilidad. DA. 2ª, 1. c): "Las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien:

i) El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo.

ii) Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo sexto.

En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante.

El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable.

La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz".

2. Vencimiento. DA 2ª, 1. b): "b) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes".

3. Liquidez. Cotiza en mercados secundarios organizados.

4. Seguridad. DA 2ª, 1. h): "h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación de acuerdo con la letra c) anterior, y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes".

CUARTO. Se pretende en primer lugar por la parte actora la declaración de nulidad radical de los contratos por ausencia de consentimiento. Fundamenta su pretensión en el hecho de que a pesar de figurar como parte contratante en los documentos, no aparece la firma de Dª XXXXX en ninguno de ellos. En relación con D. XXXX XXXX XXXX XXXXX, porque no firmó el contrato de fecha 10 de octubre de 2008.
En el primero de los casos es cierto que no consta la firma de Dª XXXXX en los documentos de compra. Sin embargo, tal ausencia no implica de modo alguno la falta de consentimiento. El TS ha dicho que el consentimiento de la mujer para la venta puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes (SSTS de 8-11 y 5-12-1983), admitiéndose incluso su pasividad, la no

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

oposición de la mujer a la enajenación que ella conoce (STS 6-12-1986); aún más, también el silencio puede ser revelador de consentimiento (SSTS 16-4-1985 y 6-10-1988 . Pronunciamientos de fechas posteriores han venido reiterando las mismas tesis; así las SSTS de 11-10-1990 y 13-7-1995 y las que en ésta se citan. Más cercanas son las de 15-7-2003 y la de STS 29-9-2006 con cita de otras sentencias que reiteran los criterios ya expresados (SAP Pontevedra 2/1/07). Existen elementos de juicio que permiten afirmar que la esposa conoció y consintió tal contratación pues como se dice en la demanda, se trataba de dinero de titularidad ganancial y ambos cónyuges eran titulares de las cuentas en que se hallaba depositado. En el hecho cuarto del mismo escrito se habla en plural cuando se indica que a primeros de 2012 "mis mandantes decidieron retirar el dinero por necesitarlo para otro fin". Además, los rendimientos de las participaciones aprovecharon a la sociedad conyugal al abonarse en la cuenta de titularidad de ambos.

Por lo que respecta a la falta de firma del tercer documento por parte de D. XXXX , la misma no supone ausencia de consentimiento pues, como declaró el testigo, se mantuvo una conversación telefónica en la que se dio la orden de compra y luego se olvidaron de ponerle el contrato a la firma.

No apreciándose ausencia de consentimiento en la formalización de los contratos de *litis*, se desestima la pretensión de declaración de nulidad radical.

QUINTO. Alternativamente, se ejercita acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, dolo y error.

Dispone el art. 1.269 del CC que "Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho" y el art. 1.270 del mismo cuerpo legal que "Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios".

Tal como señala la STS de 5 de marzo de 2.010, "El dolo es definido en el artículo 1269 del Código civil y lo centra en palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario. Determinación de la voluntad que destacan las sentencias de 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 29 de diciembre de 1999 y, asimismo, advierten que no sólo manifiestan el dolo la "insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

que exige la buena fe" y lo reitera la de 27 de noviembre de 1998 y añade la de 11 de diciembre de 2006 que también constituye dolo "la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico". Y la de 26 de marzo de 2009 dice: "...el llamado dolo negativo, por haber infringido el deber de informar al comprador de las vicisitudes administrativas del negocio tramitado, deber éste impuesto por la buena fe, entendida ésta como deber precontractual". Y la de 25 de abril de 2009: "...un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe". Y, por último la de 5 de mayo de 2009 añade: "en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual (SS., entre otras, 29 de marzo y 5 de octubre de 1.994; 15 de junio de 1.995; 19 de julio y 30 de septiembre de 1.996; 23 de julio de 1.998; 19 de julio y 11 de diciembre de 2.006; 11 de julio de 2.007; 26 de marzo de 2.009), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SS. 11 de mayo de 1.993; 11 de junio de 2.003; 19 de julio y 11 de diciembre de 2.006; 11 de julio de 2.007; 26 de marzo de 2.009)".

En lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial del dolo civil, como vicio del consentimiento, la doctrina jurisprudencial requiere para que el dolo sea invalidante del contrato que concurran las tres premisas siguientes: 1°) Que el dolo haya sido grave y antecedente o concomitante en el perfeccionamiento del negocio, pues no basta para viciar el consentimiento cualquier, actitud maliciosa sobrevenida con posterioridad, a tenor del principio «*mala fides superveniens non nocet*»; 2°) que el dolo haya sido causado por una de las partes del contrato y, por ende, no imputable ni a un tercero ni empleado por las dos partes contratantes 3°) La prueba del dolo como la del error incumbe a quien alega esos vicios del consentimiento, los que, por otra parte, deben ser apreciados con extraordinaria cautela y carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado.

De las pruebas practicadas puede concluirse la existencia de actuación dolosa, en el ámbito limitado de la vía civil, por parte de la entidad demandada, valiéndose de sus empleados como intermediarios en tal contratación para, a través de explicaciones insidiosas, lograr captar la voluntad del cliente con el fin último de autofinanciarse pues las participaciones preferentes computan como recursos propios de

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

la entidad de crédito emisora, por lo que su función financiera es incompatible con la propia de las obligaciones y demás valores de deuda. El nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor y por ende no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora, tal y como dispone la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 que obliga a que el dinero captado mediante participaciones preferentes "ha de estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable".

El testigo Sr. Rodríguez, anterior interventor de la oficina en la que se celebraron los contratos, reconoció que se marcaban objetivos por la entidad; que no le llegó a entregar al cliente el folleto de emisión ni el tríptico resumen; que ni tan siquiera él leyó esos documentos; que la información que él tenía sobre el producto provenía de las reuniones que celebraban con los superiores; que al cliente le dijo que era un producto totalmente garantizado, que no tenía problemas poner a la venta y que en diez días, después de solicitar la devolución, tendría el dinero en la cuenta; que no le informó del carácter perpetuo de las participaciones y que no le dijo que se tratase de valores, sino de un depósito. De esta declaración se deduce claramente que las condiciones que se le trasladaron verbalmente al cliente no eran ciertas. Prueba más que evidente es el hecho de que al acudir los actores a la oficina de la entidad a recuperar el dinero invertido, obtuvieron una negativa por respuesta. Es evidente que si los actores hubieran sabido que el dinero no podría ser recuperado, no habrían contratado tal producto pues ya éstos habían adelantado al interventor la posibilidad de precisar del dinero con posterioridad a la celebración de los contratos, a lo que éste les contestó que en un plazo mínimo lo tendrían a su disposición. De esta forma se indujo al cliente a efectuar la compra de un producto del que desconocía su carácter permanente, pues tal naturaleza, ni tan siquiera se hace constar en la orden de compra donde en el apartado "vencimiento", se refleja: 31/12/2050. Si tiene carácter perpetuo no debería tener fecha de vencimiento.

SEXTO. Dice el artículo 1.266 CC que "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". Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, mantenida entre otras por la Sentencia de 12 de noviembre de 2004 o la Sentencia de 24 de enero de 2003, que el error únicamente será determinante de la invalidación del contrato si reúne dos requisitos fundamentales: "a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

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", lo que viene entendiéndose como la carácter excusable del error.

La esencialidad del error queda patente al recaer sobre las siguientes circunstancias del contrato: carácter permanente, imposibilidad de recuperar el dinero salvo que se proceda a la venta de los valores en un mercado secundario oficial y falta de garantía.

Se adjuntan a la demanda las tres órdenes de compra de valores, todas con idéntica redacción. Como fecha de vencimiento se refleja el 31 de diciembre de 2050. Para informar de los riesgos de la operación, se remite a un tríptico resumen que se dice entregado pero la prueba practicada vino a acreditar lo contrario. Se habla de las consecuencias en caso de liquidación del "EMISOR" pero sin identificar éste. En el último párrafo se dice que "no se ha podido evaluar la adecuación de la operación por la negativa de alguno de los titulares a facilitar la información necesaria (test de conveniencia). Sobre esta última cuestión declaró el testigo que no recordaba si se había hecho el test o no; que en todo caso si el cliente se niega a hacerlo, no se podría vender el producto porque el sistema así lo exige. Lo que ocurre es que esta afirmación no es compatible con lo que se recoge en el documento de venta en el que se formaliza la operación a pesar de la supuesta negativa del cliente. Se desprende de ello que la entidad llevó a cabo la compraventa de un producto de alto riesgo sin verificar las condiciones de aquéllos que lo suscribían. A la fecha de suscripción de los contratos los actores contaban con sesenta y dos años. Según el escrito de demanda y los informes de vida laboral, D. XXXX trabajó en el sector naval y como conserje y Dª Carmen como ayudante de cocina. No consta que tengan conocimientos financieros y el hecho de que en el año 2003 tuviera cédulas hipotecarias, no hace presumir que entendiera el producto que después se le vendió. Su perfil es el de clientes ahorradores que basados en la confianza, como así reconoció el testigo, decidieron invertir sus ahorros en un producto que se les definió como seguro. La prueba revela que en ningún caso se les informó de las características técnico jurídicas de seguridad y liquidez de los productos que suscribieron en relación a la posible irrecuperabilidad del capital de los mismos o, que a través de éstos estaban financiando a la entidad emisora o sus filiales, al pasar a ser inversor accionista de la misma, ya que en todo momento consideraban que lo que suscribían era un depósito con opción a recuperar su dinero cuando lo precisaran. La entidad demandada incumplió los deberes de transparencia que en sus intervenciones contractuales, impone la Ley del Mercado de Valores. Al

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

colocar participaciones preferentes entre clientes minoristas, las entidades de crédito tienen el deber general de "comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo" (art. 79 LMV). Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información ex art. 79 bis LMV. La entidad debe "mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes". Tal información debe ser "imparcial, clara y no engañosa" y debe versar "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (...)" en función de que la misma "les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa". En especial, se exige que la información referente a los instrumentos financieros incluya orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos.

SÉPTIMO. De todo lo anterior puede concluirse que el consentimiento prestado por los actores en los contratos suscritos con la entidad demandada, está viciado de dolo y error, al afectar este último a elementos esenciales y considerarse excusable y al haber inducido a la contratación valiéndose de premisas que han resultado falaces. Esta circunstancia comporta la anulabilidad de los contratos con los efectos a ella inherentes. Esto es, "restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses" (art. 1303 CC). Así pues, la entidad demandada deberá proceder a la restitución del capital de la inversión efectuada por los actores más sus intereses y, éstos simultáneamente, procederán a la devolución de los rendimientos que han percibido durante los años de vigencia de los contratos con cargo a la misma, sin perjuicio de su posible compensación.

OCTAVO. Efectuó la parte demandante alegación complementaria en el acto de la audiencia previa con el siguiente tenor: se rectifica el suplico de la demanda en lo referente a la cantidad que se reclama en el apartado 2°, que en vez de los 74.775,54 euros señalados en su día, será de 74.796,65 euros. Por lo que se refiere a las "liquidaciones cobradas por los demandantes" como titulares de participaciones preferentes, la cifra no debe ser 7.026,36 euros, como se hizo constar en la demanda, sino 5.869,18 euros, suma de las cantidades abonadas en la cuenta de los actores como intereses, tal y como consta en el documento n° 5 de la contestación a la demanda. En el escrito inicial se había hecho la liquidación de intereses tomando como base las liquidaciones de intereses netas, siendo lo procedente tomar los importes brutos que son los que verdaderamente abonó la demandada, con independencia de que una parte fuese a parar al Tesoro Público.

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

El saldo de las restituciones derivadas de la nulidad contractual quedaría:

- Principal de los contratos: + 69.900,00
- Sobreprecio pagado por las participaciones: + 569,27
- Liquidaciones cobradas por los demandantes: - 7.204,01
- Liquidación de intereses: + 11. 531,39
- Total: 74.796,65 euros.

Se opone en la contestación a la demanda la excepción de crédito compensable que no habrá de ser acogida pues, con independencia de la corrección del error aritmético, dicho crédito ya se tuvo en cuenta a la hora de efectuar la liquidación de la indemnización que se solicita.

NOVENO. Los intereses legales se impondrán desde la demanda de conformidad con lo previsto en los arts. 1100 y 1108 CC incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia según prevé el art. 576 LEC.

DÉCIMO. De conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, las costas se impondrán a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes demás de general y especial aplicación,

FALLO

Que con desestimación de las excepciones de caducidad y compensación, debo estimar y estimo la demanda presentada por la el procurador D. Francisco Javier Varela González, en nombre y representación de D. XXXX XXXX XXXX y Dª XXXX XXXX XXXXX, y declaro la nulidad de los contratos nº 2007038661 de fecha 4 de enero de 2008, nº 2007054268 de fecha 11 de junio de 2008 y nº 2007064202 de fecha 10 de octubre de 2008, de compra de títulos denominados "4711620007 PART CAIXANOVA 05-MY".

Se condena a la demandada NCG Banco, S.A. a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a los actores, conjunta y solidariamente, la cantidad de 74.796,65 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, incrementados en dos puntos desde la sentencia.

Condeno en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella cabe recurso de apelación en el plazo de 20 días desde el siguiente al de su notificación, debiendo interponerse ante este Juzgado, previo

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

depósito de la cantidad correspondiente en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

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

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido publicada por la Sra. Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública con mi asistencia el secretario, de lo que doy fe.

sentencia descargada en: www.asuapedefin.com