Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma del País Vasco

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 5 DE VITORIA-GASTEIZ

GASTEIZKO LEHEN AUZIALDIKO 5 ZK.KO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª Planta - C.P./PK: 01008
TEL.: 945-004875
FAX: 945-004927

COLEGIO DE PROCURADORES
Recepcionado día anterior
- NOTIFICACIÓN -
12 JUN. 2013

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 01.02.2-13/002811
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :01.059.42.1-2013/0002811

Pro.ordinario L2 / Proz.arrunta 2L 262/2013 - O

CONTRATOS EN GENERAL

Demandante / Demandatzailea: [redacted]
Procurador / Prokuradorea: [redacted]

Demandado / Demandatua: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
Procurador / Prokuradorea: SEBASTIAN IZQUIERDO ARRONIZ

S E N T E N C I A Nº 137/2013

En Vitoria, 10 de junio de 2013.

El Sr. D. José Luis Núñez Corral, Magistrado Juez de Primera Instancia número 5 de Vitoria, vistos los presentes autos de juicio ordinario seguidos a instancia de [redacted] representada por el Procurador de los Tribunales, Sr. Pérez Ávila, y asistido del letrado, Sr. Ferrer, contra Banco Popular Español representada por el Procurador de los Tribunales, Sr. Izquierdo, y asistido del letrado, Sr. González. Objeto; acción de nulidad de pleno derecho, y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

PRIMERO: La representación procesal de la parte actora interpuso demanda de juicio ordinario alegando los hechos en que se basa con los correspondientes fundamentos de derecho que ha tenido por conveniente, suplicando se dicte sentencia por la que estimándose la demanda decrete lo interesado en el suplico de la demanda.

SEGUNDO: Presentada la demanda junto con los documentos que le acompañan y tras el correspondiente reparto, recae en este juzgado bajo número de autos 262/13. Se celebra el juicio. Ratificándose la parte actora en su escrito de demanda. La demandada formula oposición a la misma. Practicada la prueba se dejan los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se plantea en la presente litis una acción de nulidad de pleno derecho y reclamación de cantidad. Funda la parte actora su acción en los siguientes razonamientos y según su escrito de demanda. Parte actora y demandada han suscrito un contrato de participaciones preferentes de popular capital depósito y administración de valores. La cantidad depositada es la que es objeto de reclamación. La parte demandada ha incumplido fragantemente sus obligaciones legales. Solicita, en fin, se estime la demanda. Con imposición de costas a la parte demandada.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose. Niega los hechos que se le imputan, que la parte actora sabía lo que suscribía y los efectos del contrato. La comercialización fue correcta y la operación fue simple. Solicita, en fin, se desestime la demanda. Con imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO : Es obvio y evidente que existen posturas contrapuestas entre demandantes y demandado en orden a la forma de su causación, así las cosas, rige en materia de distribución de la carga de la prueba- el

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Principio del "Onus Probandi", ahora consagrado en los números 2 y 3 del artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a los cuales corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; Todo lo cual significa que corresponde a la parte actora (y a la reconviniente) acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada (y a la reconvenida), los impeditivos o extintivos del mismo.

La demanda debe ser estimada, atendido el resultado de la prueba practicada.

En efecto, queda probado lo siguiente: El 6 de marzo de 2009, las partes contratantes suscribieron la orden de compra de valores de PA Pref Popular Capital SD por importe de 54000 euros. La parte actora, persona jubilada, de muy avanzada edad, nacida en 1934, suscribe dicho contrato sin mayores explicaciones. Los gestores bancarios desconocían que había sido costurera, no se le hizo un perfil inversor. Incluso, dichos empleados no tenían relación ninguna con la actora. Nada se le advierte o informa sobre las características del producto financiero. No se le apercibe o informa sobre los riesgos que para su inversión podía conllevar tan arriesgada operación y el carácter perpetuo de la misma.

En cuanto a la posición e intervención de las partes en la litis. En cuanto a la naturaleza jurídica de la actora. Conforme la normativa de consumidores y usuarios la actora ostenta la condición de consumidora o usuaria lo que es fundamental a efectos de prueba por lo que deberá probar los hechos y alegaciones que formula, ex art 217 de la Lecv, la

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

parte demandada, produciéndose, por tanto, inversión en la carga de la prueba. La actora ha sido costurera de profesión, sin mayor cualificación académica o profesional. Anteriormente, había suscrito un contrato de cuenta de imposiciones, un contrato de depósito oro, y otros contratos de imposiciones de capital de carácter más bien modesto, 6000 euros. Estas circunstancias nos revelan que no era una experta financiero o persona avezada en el control y manejo de los mercados financieros.

Relación y naturaleza jurídica entre el actor y la demandada. Del resultado de la prueba practicada se desprende como nos encontramos ante un contrato de suscripción de participaciones preferentes de Banco Popular. También se debe incluir en la mención un pacto verbal de asesoramiento, por parte de la entidad financiera a través de sus empleados, en virtud del cual la parte actora adquiere el producto financiero. Es obvio y evidente que la parte actora recibe oferta y asesoramiento del comercial bancario y suscribe el contrato que se acompaña con la demanda.

Item más, la STS de 18 de septiembre de 2006, señala que los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes, pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras, al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato; y, en este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2006, recuerda que "La literalidad de los contratos no se imponen de manera absoluta cuando los términos de la relación no se presentan con la suficiente precisión y claridad, y resultan disconformes con la voluntad de los contratantes, pues ha de estarse a cual fue la verdadera intención contractual, no dependiendo la

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

naturaleza con los negocios jurídicos de la denominación que les hayan atribuido las partes, y es el contenido real del contrato el que determina su calificación, en correlación a las declaraciones de voluntad que lo conforman". Por lo demás, el alcance de esta labor calificadora no se puede minimizar, pues de dicha calificación depende, en definitiva, la determinación de las distintas obligaciones asumidas por las partes, lo que resulta imprescindible para poder pronunciarse sobre si se han producido o no los incumplimientos contractuales que recíprocamente se imputan las partes y fundamentan sus respectivas pretensiones, y, en su caso, sobre sus efectos. Por tanto, lo que real y efectivamente pactan y estipulan las partes contratantes es un contrato escrito de suscripción de participaciones preferentes y un pacto verbal de asesoramiento ya que atendido el resultado de la prueba practicada es la entidad financiera quien ofrece el producto, no lo busca la actora. Del resultado de la prueba practicada se desprende como es la propia demandada, a través de su gestor, la que ofrece los productos financieros y asesora, como no puede ser menos a la actora. Dicha actuación es de asesoramiento, que no pura recomendación comercial. Así el gestor le explica y asesora sobre la rentabilidad, los pros y contras de la inversión. Es obvio que si el gestor no hubiera dado ese asesoramiento la actora no hubiera suscrito la operación objeto de enjuiciamiento.

En cuanto al producto que adquiere la actora. Con carácter previo corresponde analizar la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes y normativa aplicable. Esta situación está reconocida en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012). El Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

de España). Al hilo de la anterior definición se desprende que las participaciones preferentes son valores emitidos por alguna sociedad, a través de las cuales no confieren participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto. Por otra parte, estas participaciones tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada. De esta manera, se determinan como instrumentos de riesgo elevado. Estamos frente a un producto híbrido entre la renta fija y variable, porque no es deuda exigible por carecer de vencimiento, pero tampoco se pueden considerar acciones dado que no otorgan derechos políticos. La Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma que "se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido". Su régimen o sistema de rentabilidad no es el de una deuda en sentido propio porque su devengo está legalmente supeditado a los resultados del emisor, e incluso su pago puede depender de la decisión del órgano de administración de éste. Su liquidez queda eliminada ipso facto ante situaciones que determinen la desactivación de su sistema de rentabilidad. Su seguridad (como posibilidad real de recuperación de la inversión) depende su nivel de liquidez bajo condiciones de normalidad y regularidad en el pago de su sistema de rentabilidad o en su caso de la existencia de remanente patrimonial suficiente para atender su pago una vez pagada la totalidad de los créditos de los acreedores del emisor. Item más, en cuanto a la normativa aplicable a la figura analizada, a nivel comunitario la regulación se realiza en la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009. La Directiva no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. La participación preferente se regula en la Disposición Adicional de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, que fue

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

introducida por la Ley 19/2003 de 4 de julio. La normativa vigente tras la Ley 6/2011 por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, fija los rasgos básicos de las participaciones preferentes.

El sector bancario es un sector caracterizado por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con una condiciones generales unilateralmente redactadas por las entidades financieras, que han de ser aceptadas en bloque por el cliente si este quiere obtener el servicio solicitado, sin posibilidad de discusión, salvo, naturalmente, en los contratos celebrados por dichas entidades entre sí, o los contratos concertados con grandes empresas o corporaciones, dado el equilibrio en la posición de las partes. El profesor Garriges ya decía en su obra clásica "Contratos bancarios" que las condiciones generales crean un marco dibujado a gusto del banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad -condiciones generales oscuras y sorpresivas, decisiones unilaterales, instrumentos jurídicos privilegiados, desplazamientos de riesgos propios de la actividad empresarial, etc, y que traen como consecuencia una cierta cultura del "donde hay que firmar" del ciudadano que carece de conocimientos de derecho mercantil o matemática financiera. Así se desprende, al menos, del contrato de depósito de valores.

En cuanto a la cuestión objeto de enjuiciamiento. Es importante destacar que el producto financiero suscrito por la parte actora lo fue de mutuo consenso y acuerdo con la demandada. Sin embargo, el producto le fue ofrecido por la propia entidad financiera. Queda probado como una vez

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

explicado el producto la actora se fue convencida de las bondades del mismo y suscribe el producto.

Lo esencial y determinante es que el gestor no le asesoró ni le manifestó que el producto podía tener un carácter perpetuo, sí le asesoró sobre otros aspectos como rentabilidad, elemento accidental, que no nuclear. Por tanto, la actora tuvo oportunidad de conocer de la demandada las condiciones, intereses y demás elementos que conforman la voluntan negocial de ambas partes contratantes y donde la actora emite su consentimiento y refleja su voluntad. Sin embargo, nada se le dice del carácter perpetuo del producto. En absoluto se le describe o asesora en que consistía dicho carácter perpetuo. El problema se le plantea a la actora cuando decide recuperar su dinero y se encuentra con la negativa de la entidad financiera.

Del resultado de la prueba practicada se desprende como la entidad financiera no dispuso de información sobre su clienta que le permitiera la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo de los mismos, y en su caso, la realización de las advertencias adecuadas. - No ha quedado acreditada que existiera una gestión adecuada de su orden de venta de las participaciones preferentes.

La participación preferente, reitero, es un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones. Son valores emitidos por alguna sociedad, a través de las cuales no confieren participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto. Por otra parte, estas participaciones tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada. De esta manera, se determinan como instrumentos de riesgo elevado. Estamos frente a un producto híbrido entre la renta fija y variable, porque no es deuda exigible por carecer de vencimiento, pero tampoco se pueden considerar acciones dado que no otorgan derechos políticos. Las razones objetivas de la comercialización masiva de las participaciones preferentes en los últimos

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

años ha sido la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras. La inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas. Se han dirigido a transformar en patrimonio neto el pasivo de clientes de las entidades de crédito que tenían sus ahorros en depósitos bancarios, como una política de reforzamiento de sus recursos propios.

Interesa, dentro de lo planteado, la parte actora la nulidad del contrato por incurrir vicio en el consentimiento.

Debo señalar, siguiendo el código civil, y con carácter general, que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar un servicio y se perfeccionan por el mero consentimiento, concurriendo el objeto y la causa, cualquiera que sea su forma como regla general y desde entonces tiene fuera de ley entre las partes contratantes y obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, todo ello de acuerdo a las normas generales de las obligaciones y contratos, en especial los art. 1.088, 1.091, 1.254, 1.258, 1.261, y 1.278 CC , sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y por otro lado, que en virtud del principio de libertad de pactos que establece el art. 1.255 CC no existe en nuestro derecho un "numerus clausus" de contratos y de ahí que al lado de los nominados o típicos sean válidos también los innominados o atípicos, que a diferencia de aquellos, se regirán, en primer lugar por lo convenido por sus propias partes, y en su defecto, por las normas de los contratos nominados que le sean afines y, en último término, por los principios generales de las obligaciones o contratos.

A lo anterior debemos añadir que, como establece el 1.265 CC el consentimiento será nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo, añadiendo el art. 1.266 CC que para que el error invalide el

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada jurisprudencia, para que pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato queda condicionada a la concurrencia en el caso de determinados requisitos, que sea esencial e inexcusable; también que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; y que no se haya podido evitar con una regular diligencia.

Item más, en cuanto al error en el consentimiento. En cuanto al error contemplado en el artículo 1266 del Código Civil y calificado en el artículo 1265 como vicio del consentimiento, abundante y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para apreciarla en el consentimiento contractual que exista por parte del contratante que la alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento (Sentencias del Tribunal Supremo 3-2-1986 y 21-5-1997, debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato, y así, dice la Sentencia de ese Tribunal de 18 de abril de 1978, citando alguna de las anteriores, que para que el error invalide el contrato es indispensable:

a) Que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

b) Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

c) que no sea imputable a quien la padece.

d) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, requisitos éstos a los que la

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 añade el requisito de que ha de ser excusable, además de esencial, razonando "que este requisito no lo menciona el Código Civil expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, éste último consagrado en el artículo 7 del Código Civil pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media a regular, apreciándose ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, pues la función básica de este último requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Dichos requisitos no concurren en las presentes actuaciones.

Y es que siguiendo a la actual y recientísima jurisprudencia del TS en materia de derivados financieros, jurisprudencia que es aquí plenamente aplicable, se debe estar al caso concreto no hacer una abstracción general, generalista y generalizada de la teoría del error y dolo para la obtención del consentimiento y posterior declaración del mismo.

En todo caso, entiendo que se deben conjugar los preceptos señalados anteriormente con el art 3.2 del código civil y relativo a la interpretación de las normas. Así las cosas, el producto enjuiciado implicaba- conforme a la normativa vigente al tiempo de su contratación, 2009, el cumplimiento por la entidad financiera de una serie de obligaciones en materia de transparencia y diligencia, que de no cumplirse pueden, podrían, producir un consentimiento no informado y viciado por error, por lo que se hace necesario abordar cada caso concreto desde la particularidad de la relación contractual que se enjuicia y sus circunstancias concurrentes, a los efectos de determinar en cada situación examinada sus efectos jurídicos. Tal error en el consentimiento por la actora viene motivado por la actuación de la demandada.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

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. Item más, dicho Real Decreto 629/93 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en su artículo 16.2 dispone: "2. Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado.", y en artículo 5 del anexo de código general de conducta en los mercados de valores indica "Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones. 5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida.".

Asimismo el artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito mencionaba que los contratos entre las entidades de crédito y su clientela se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación. Igualmente, es aplicable la normativa de consumidores y usuarios de 1997 sobre la trasparencia de las cláusulas de los contratos.

En relación a la carga de la prueba sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, como es el caso que nos ocupa, debe tenerse presente la STS de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que "la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

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 que resulta lógico desde la perspectiva de los clientes en tanto que para ellos se trataría de probar un hecho negativo como es probar la ausencia de dicha información.

En este punto es esencial aplicar la doctrina jurisprudencial sobre interpretación de los contratos que es lo que motiva a la actora a suscribir el producto financiero. En consonancia con lo expuesto, en la interpretación de los contratos hay que acudir en primer lugar a la literalidad de las cláusulas del contrato (art. 1.281.1 del Código Civil), y sólo en caso de discrepancia o duda, debe acudirse a la intención de los contratantes (art. 1.281, párr. 2º del Código Civil) para cuyo conocimiento deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato (art. 1.282 del Código Civil), radicando la finalidad de estos preceptos en evitar que se tergiverse lo que aparece claro a que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas y en el segundo, la intención evidente de los contratantes (STS, Sala 1, de 8 marzo 2000). Las cláusulas del contrato son las que son y no han sido impuestas por la actora. La actora nunca fue informada que "quedaba ligado con BP y la entidad financiera de forma perpetua y de por vida". Este juzgador se pregunta porqué la entidad financiera no le da la magnifica explicación sobre las "bondades" del producto financiero cuando la actora formula la reclamación.

De lo anteriormente expuesto resulta acreditado que existió efectivamente en la suscripción del contrato de adquisición de las participaciones preferentes un error invalidante del consentimiento sufrido por la parte actora, cuya génesis radica en la confianza que depositó en la entidad bancaria, a través de la información inadecuada e incompleta que le fue facilitada, ya que en principio las características que le fueron expuestas

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

cumplían la exigencia de garantía del capital, pero, en absoluto, se le indicó el carácter perpetuo del producto financiero contratado y que no podía rescatar sin mayor problema el mismo.

En cuanto a la excusabilidad del error de la actora. La función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece protección por su conducta negligente, por lo que se debe trasladar entonces la protección a la otra parte, que la merece, por la confianza infundida por la declaración del actor. La actora merece el amparo de este juzgador. Si se le hubiera dado la información completa la actora no se hubiera ligado a perpetuidad con la demandada.

Item summun, a mayor abundamiento, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia del TS, sentencias de 4 de enero de 1982, o de 13 de mayo 2009, exigen 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.

La normativa vigente al firmarse el contrato era el RD de 3 de mayo de 1993 que desarrollaba la ley del mercado de valores, art 5.3, que establecía la obligación de informar a la clientela de forma clara, correcta, precisa y suficiente y entregada a tiempo para evitar su correcta interpretación y hacer hincapié en los riesgos. Así las cosas, entiendo que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual.

Del resultado de la prueba practicada se desprende como el error en el que la actora incurrió, motivado e inducido por la entidad financiera, supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. La actora obtuvo una nula información de la entidad financiera acerca de las características del producto que adquirió, sin que le mencionaran el carácter perpetuo.

Del resultado de la prueba practicada se desprende como la demandada no acredita que la actora tuviera el conocimiento preciso sobre el producto complejo y arriesgado que adquiría. La documentación bancaria no refleja más que un contrato-tipo formulado por la entidad bancaria demandada con una mera referencia al tipo de producto que se estaba ofreciendo, sin alusión alguna a sus características, riesgos, plazos, posibilidad de cancelación, y sin constancia alguna de la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo del cliente, donde la intervención de la actora se ha limitado a plasmar su firma. Los documentos que obran en autos son meros formularios.

Señala la parte demandada que se le hizo un estudio de perfil del inversor, necesario en la época en que el producto fué suscrito, no aporta la demandada tal estudio, a pesar de la facilidad probatoria, ex art 217 de la Lecv.

En definitiva, del resultado de la prueba practicada se desprende como la clienta no recibió información precisa, veraz, imparcial y clara sobre los riesgos del producto, en especial sobre la duración misma atendido el carácter oscuro e interpretativo del clausulado obrante en autos.

En definitiva, responsabilidad de la demandada es obvia y evidente.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

En cuanto al dolo. Igualmente, la actitud de la demandada ha estado presidida por el dolo desde el principio para conseguir, a toda costa y a ultranza, que la actora suscribiese el producto financiero. El dolo, dado que el Código Civil (art 1269), no dice lo que se entiende por tal, ni cuales son las características de la conducta dolosa, exige unos requisitos comúnmente aceptados por la doctrina científica, que son:

a) Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial.

b) Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia.

c) Que dicha conducta sea determinante de la declaración.

e) Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

En todo caso, es a quien alega el dolo a quien corresponde su prueba. Circunstancias que concurren en las presentes actuaciones.

La aportación de escritos con la contestación a la demanda de exoneración de responsabilidad de la demandada y la actuación de la actora no justifica dicha elusión de responsabilidad ya que la demandada no ha aportado el test de conveniencia, prueba imprescindible para valorar la prueba en su conjunto, además del simple escrito contenido al folio 451 y aportado por la demandada y es que, en todo caso, no ha quedado probado que se le informara del carácter perpetuo del producto ofrecido.

Por tanto, la demanda, a la vista de la prueba practicada debe ser estimada.

TERCERO: La estimación de la pretensión ejercitada con carácter principal conlleva la declaración de nulidad de la orden de compra de participaciones preferentes de 6 de marzo de 2009, dada por la actora. Es de aplicación el art 1.303 del Código Civil, según el cual deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes (que en el presente caso no resultan de aplicación). La aplicación de este precepto al presente caso conlleva la denominada " restitutio in integrum" con efectos ex tunc, esto es, habrá de ser restaurada la primitiva situación, anterior a la celebración del contrato, para lo cual se desharán los desplazamientos patrimoniales efectuados. Surge la obligación de la parte demandada de la devolución del principal invertido, 54000 euros con los frutos que ha generado, esto es, dicha cantidad se incrementará con el interés legal devengado desde el 6 de marzo de 2009, fecha de formalización del contrato objeto de litigio, como medio para lograr un justo reintegro patrimonial. Procede, en este procedimiento, lo interesado por la parte actora relativo a la reciproca devolución de las prestaciones habidas entre ellos por lo que la actora procederá a la devolución de las cantidades que haya obtenido por intereses desde la suscripción del producto.

Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de la prestación que debe restituirse, sobre la base liquidatoria citada, conforme al artículo 219 de la LEC. Por tanto, será en ulterior fase de ejecución de la presente sentencia donde se fijará la cantidad en concepto de intereses.

En cuanto a la reclamación pecuniaria. Iura novit curia, en toda reclamación de daños y perjuicios, la jurisprudencia exige que el perjuicio indemnizable en virtud de dicha responsabilidad ha de ser real y efectivo, y su acreditación precisa y categórica, sin que sean suficientes las meras hipótesis, conjeturas o probabilidades vinculadas a supuestos de hecho posibles o inciertos, para lo que es imprescindible concretar su entidad real (SSTS. 29 septiembre 1986, 1986/ y 26 marzo 1997). Por otro lado, la indemnización de daños y perjuicios, derivada tanto de la culpa contractual como de la extracontractual, supone el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y, en consecuencia, la reparación tiene que ser en principio total, a fin de restablecer la situación patrimonial

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

anterior a la causación del daño, de manera que el acreedor no sufra merma, pero tampoco enriquecimiento alguno, como consecuencia de la indemnización. Este carácter amplio que reviste la obligación de resarcimiento, en cuanto a la extensión del daño indemnizable, queda claramente reflejada en los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil.

La correcta resolución de las cuestiones litigiosas pasa por recordar, ex art 1110 del código civil, subsidiariamente 1902 de dicho texto legal, en primer término, que para la prosperabilidad de una pretensión resarcitoria por culpa se precisa la concurrencia de ciertos presupuestos básicos, debiéndose justificar, en este orden de ideas:

Primero, la existencia de una acción u omisión constitutiva de conducta ilícita, esto es, un obrar humano controlable por la voluntad y consciente y, en consecuencia, imputable subjetivamente al agente, el cual habrá de responder jurídicamente incluso de aquellos efectos de su actuación relacionados directamente con su intervención, e incluso de aquellos que no haya previsto ni aún querido, pero con los cuales, según la ordinaria previsión humana, debió contar, y que por lo mismo han de considerarse sometidos al imperio de su control y al señorío de su voluntad;

Segundo, la antijuridicidad de la referida conducta, en cuanto contraríe determinadas normas de comportamiento positivas o afecte a bienes o derechos ajenos protegidos, o porque representen una infracción contra el mandato general de diligencia arriesgando, en el mejor de los casos, lesionando efectivamente en el peor y desgraciadamente más frecuente, intereses jurídicamente reconocidos y tutelados;

Tercero, la culpa del agente, en la forma que será examinada en las siguientes consideraciones;

Cuarto, la existencia de un daño, menoscabo material o moral infligido contraviniendo una norma positiva en la esfera jurídica patrimonial o

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

extrapatrimonial de alguna persona, susceptible de resarcimiento por su causante; y.

Quinto, la existencia de una relación causal en entre la conducta y el resultado lesivo o dañoso, esto es, de un enlace preciso y directo que individualiza al responsable y determina el contenido de la obligación indemnizatoria.

No ha lugar a lo interesado por la actora de indemnización de daños y perjuicios de 4500 euros. La indemnización que obtendrá, admito sus razonamientos jurídicos, será única y exclusivamente la referida a los intereses acordados y por las razones expuestas anteriormente.

CUARTO: En cuanto a los intereses. Se devengarán los descritos en los arts 1108 y ss del código civil y 576 de la Lecv y desde la fecha de presentación de la demanda los referidos en el fundamento de derecho anterior.

En cuanto a las costas, ex art 394 de la Lecv, no procede su imposición a parte alguna al no existir cuando se presentó la demanda la línea jurisprudencial que el TS está consolidando desde el año 2012, ex art 394 de la Lecv, que en este caso no se podría imputar a ninguna de las partes contratantes, en cuanto a los derivados y productos financieros.

FALLO

Estimo parcialmente la demanda formulada por [redacted] contra Banco Popular Español y en su virtud:

1. Declaro la nulidad de la orden de compra de participaciones preferentes de 6 de marzo de 2009, suscrita por la actora. Y procede la reciproca devolución de las prestaciones habidas entre ellos

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

2. Condeno a la demandada a que abone a la actora la cantidad de 54000 euros más el interés legal descrito en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

Sin imposición de costas.

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

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0004 0000 08 0262 13, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

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

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

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a diez de junio de dos mil trece.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/