

**Órgano: Juzgado de Primera Instancia**

**Sede: Santander**

**Sección: 2**

**Nº de Recurso: 388/2013**

**Procedimiento: CIVIL**

**Tipo de Resolución: Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DOS DE SANTANDER.

JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO NÚMERO 388/2013/2

NIG núm. 3907542120130004265. Sección M.

Dña. Flora /Liberbank, S.A.

### **SENTENCIA**

En la ciudad de Santander, jueves, a 10 de abril de 2014.

Vistos por mí JAIME FRANCISCO ANTA GONZÁLEZ, juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de esta ciudad y su partido judicial, los presentes autos de juicio declarativo ORDINARIO, registrado con número 388/2013 y seguido en este Juzgado a instancia de Dña. Flora , representada por la procuradora Dña. María del Mar Maclas de Barrio, dirigida su defensa por el letrado del ICAC D. Diego Sarabia Rodríguez, contra Liberbank, S.A., representada por el procurador D. Carlos de la Vega-Hazas Porrúa y defendida por el letrado del ICAO D. Juan-José Calderón Labao, en ejercicio de acciones de NULIDAD, ANULACIÓN y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD con relación a un instrumento financiero, y ello, en todo caso, en consideración a los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** A instancia de Dña. Flora se interpone demanda en los términos del escrito que presenta su procuradora, Dña. María del Mar Maclas de Barrio, con fecha 12-abril-2013 en la oficina de reparto del Juzgado Decano de esta ciudad, cuyo conocimiento corresponde por turno, conforme con las normas de reparto en su día aprobadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, a este Juzgado de instancia, que la recibe con fecha 16-abril-2013, en el que, tras los hechos y fundamentos que allí constan, que se dan por íntegramente reproducidos, suplica que se dicte Sentencia (sic), por la que, (sic) se declare la nulidad de los contratos de referencia firmados entre las partes derivado del vicio en consentimiento acordando la restitución a la actora de los 45.000 y 9.000 euros invertidos, más los intereses legales correspondientes, así como al abono de una indemnización de 6.000 euros en concepto de daños morales, todo ello con expresa imposición de las costas.

**SEGUNDO.** Registrada la demanda en el seno de los autos de juicio declarativo ordinario núm. 388/2013 una vez que se subsanan sus defectos procesales, según es requerida la parte por proveído inicial, por decreto dictado el día 30-abril-2013 se admite a trámite y se ordena emplazar a la entidad demandada, a cuya instancia se persona el procurador D. Carlos de la Vega-Hazas Porrúa presentando escrito con entrada en el Decanato el día 4-junio-2013 con el que formula contestación a la demanda que, tras los hechos y fundamentos de derecho que allí constan y que se dan por íntegramente reproducidos, concluye suplicando que se dicte sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda con expresa condena en costas.

**TERCERO.** Seguidamente se dicta diligencia de ordenación con fecha 6-junio-2013 que convoca a las partes a la audiencia previa regulada en los artículos 414 y concordantes de la LEC para el día 7-noviembre-2013, aunque no se celebra hasta el 18-noviembre-2013,

siempre con el resultado que consta en el acta que levanta la Sra. Secretaria Judicial, unida a los autos, documentándose dicha actuación en soporte videográfico, como previenen los artículos 147 y 187 de la vigente LEC.

No se consigue ningún acuerdo ni se aprecian obstáculos procesales que impidan la válida prosecución y término del proceso, formulándose alegaciones complementarias por la parte actora que alega que ejercita tanto la acción de nulidad como de anulabilidad, ante lo que nada se dice de contrario y sin que se impugnen documentos. Fijados los hechos relevantes del caso, que se expresan por S.S<sup>a</sup>., se recibe el juicio a prueba, proponiendo la actora interrogatorio del representante legal de Liberbank, S.A., aclarado que se hará en la persona de Dña. Sonia , documental consistente en tener por reproducidos los documentos aportados con la demanda, testifical-pericial de Dña. Gloria y testifical del Sr. Director de la sucursal de Cartes, aclarado que declarará como parte, mientras que la demandada interesa interrogatorio de la actora, documental aportada con su contestación y testifical de Dña. Sonia , que, luego de un debate, queda acordado que declare pero no como testigo sino como su representante legal de la parte demandada así como de D. Javier .

Se admiten todas las pruebas y se señala fecha para celebrar juicio, fijada para hoy, jueves, 10-abril-2014.

**CUARTO.** Admitidas todas las pruebas interesadas por las partes se señala la vista para el jueves 10-abril-2014, fecha en la que comparecen las dos partes celebrándose la vista con arreglo a las formalidades legales y con el resultado que consta en el acta levantada por la Sra. Secretaria Judicial, documentada en soporte videográfico, conforme disponen los artículos 147 y 187 de la LEC , practicándose las pruebas en unidad de acto conforme el artículo 290 de la LEC , tras lo cual evacúan sus informes las defensas y quedan los autos ya vistos para sentencia.

**QUINTO.** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales y con inclusión del plazo para dictar sentencia establecido en el artículo 434.1 de la vigente ley procesal civil a pesar de la sobrecarga de trabajo que soporta el Juzgado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El procedimiento declarativo ORDINARIO registrado con número 388/2013, tiene estos antecedentes:

*Dña. Flora demanda a Liberbank, S.A. con una triple pretensión: 1. obtener la declaración de ineficacia de un producto financiero conocido en el tráfico bancario como participaciones preferentes (en adelante PPR), 2. recuperar el capital invertido en la operación, e 3. indemnizarse por el daño moral padecido.*

La actora postula la nulidad de la operación ante la posibilidad de que no se prestase un consentimiento real por afectarle un vicio invalidante: un error inexcusable.

En la audiencia previa añade como fundamento de sus pretensiones la anulabilidad de las adquisiciones de PPR.

A tal efecto invoca la Ley 24/1988, de 28-julio, de Mercado de Valores, el derogado Real Decreto 629/1993, de 3-mayo y los artículos 72 a 74 del RD 217/2008, de 15-febrero, así como, de otra parte, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16- noviembre, la Ley 7/1988, de 13-abril, sobre condiciones generales de la contratación.

La demanda explica que la actora carece de título superior o de conocimientos económicos y financieros y que- merced al esfuerzo desplegado en su actividad deportiva profesional había logrado reunir unos ahorros que le pudieran servir al finalizar su carrera, que está ya en su última fase en razón a su edad, para lo que contaba para con Caja Cantabria, donde tenía

abierta una cuenta bancaria desde los 15 años, la única con la que había trabajado y en quien había depositado su confianza suscribiendo siempre productos bancarios de nulo riesgo.

En este contexto se explica que el año 2009 tras una llamada telefónica del director de la sucursal de Cartes, donde tenía abierta una cuenta bancaria, accede a firmar lo que el empleado de la demandada le recomendaba, cambiando el dinero que tenía en un depósito a plazo fijo a un producto nuevo que le explicó que no tenía riesgo y si plena liquidez invirtiendo 45.000 € en PPR el 18/05/2009 y otros 9.000 €, también en PPR, el 14/04/2010 obteniendo un mínimo interés del 1 %, dejándose guiar por el consejo del personal de Caja Cantabria en la idea de que había un nulo riesgo y una disponibilidad inmediata.

*Sobre todo denuncia ausencia de información suficiente.*

Por lo demás y consecuentemente a esa ineficacia se interesa la restitución de los 54.000 € invertidos junto con los intereses legales desde la adquisición discutida.

A ello añade que desde hace tiempo viene sufriendo una bajada en su rendimiento en razón a la ansiedad que le inspira la posible pérdida de sus ahorros, teniendo que ser atendida por un gabinete psicológico y generando un daño moral por el que exige una compensación de 6.000 €.

A todo ello enfrenta la demandada varias razones en contestación en que se oponen en esencia cuatro alegatos:

Con relación a la comercialización sostiene que cumplió con todos los requisitos legales, inclusive el test de conveniencia que aporta con su contestación como documento 6 y que entregó a la actora el resumen de la emisión donde se recogen todas las características de la emisión que aporta con su contestación como documento 5.

Sobre todo rechaza que hubiera error o que, caso de existir, pueda ser calificado de relevante y excusable.

En este sentido argumenta que la demandante no tiene un perfil ajeno al mundo bancario, que tiene un primo en Baniff que le asesoró antes de comprar las PPR y que le acompañó en una ocasión a la sucursal y que tuvo oportunidad de conocer sus características con una diligencia media o básica, como era leer lo que firmaba.

De igual modo trae a colación la información fiscal que remitía trimestralmente a la actora dándole a conocer que obtenía unos rendimientos superiores a los que habría obtenido con productos de menor riesgo, hasta 11.913,10 €, que estima que la actora debe restituir si se estimarse la demanda, al igual que las acciones en que se han canjeado sus PPR porque de otro modo habría enriquecimiento injusto, e invoca las doctrinas de los actos propios y de retraso desleal y confirmación tácita.

De otra parte opone que ofertó un canje voluntario de las PPR, que la actora rechazó, así que fue el FROB quien por resolución de 5/04/2013 decidió canjear de forma obligatoria y automática sus PPR, argumento que entiende que ha hecho perder a la actora toda posibilidad de demandar porque las PPR ya no existen con lo que si se estimara la demanda se causaría un enriquecimiento injusto al seguir la actora en posesión de sus acciones.

Finalmente rechaza que haya daño moral indemnizable.

Así pues, la cuestión a dilucidar se centra en precisar si el contenido y alcance, del producto discutido, puesto en relación con la actuación de Caja Cantabria, presenta los presupuestos que permitan afirmar su nulidad o anulabilidad, ya sea por los fundamentos aducidos en la demanda o por los que quepa considerar iura novit curia.

**SEGUNDO.** Realizadas las anteriores precisiones sobre los hechos objeto de debate resta acomodarlos a un trato jurídico ajustado a la ley, doctrina y la jurisprudencia. Antes que nada procede una depuración de los hechos debatidos en razón de las pruebas pedidas por las partes.

Luego de atender a esas pruebas pueden sentarse los siguientes elementos de hecho como premisas en este caso:

1/ Dña. Flora, nacida el NUM000 /1977, tiene, pues, en la actualidad 36 años de edad.

La actora carece de más estudios que los básicos y no tiene tampoco una formación académica específica, habiéndose dedicado a la actividad deportiva profesional.

Estos hechos, afirmados en la demanda, no son contradictorios en la contestación, permitiendo la aplicación del artículo 405.2 de la LEC, que los advera.

Es especialmente destacable que carece de experiencia inversora significativa. Antes de contratar estas PPR había sido titular únicamente de depósitos a plazo fijo.

Estas circunstancias se deben poner en conexión con su edad, dato objetivo, mensurable y que cuenta porque permite deducir de manera fundada un perfil conservador.

Cierto es que, a diferencia de otros casos juzgados en la plaza, es una edad más bien temprana. Tomada aisladamente no sería un hecho significativo pero pasa a serlo cuando se pone en conexión con lo específico de su actividad.

La carrera deportiva de Dña. Flora se acerca a su fase final, circunstancia previsible y con seguridad prevista, lo que hace incomprensible que se decidiera a arriesgarse tan a última hora cuando no lo había hecho nunca antes.

Lo propio, lo normal, en un deportista de elite es que atienda a esa probable merma y cese de sus ingresos en la fase final de su desempeño profesional y que con relación a las inversiones adopte un perfil conservador y es así que esta siempre había sido la actitud de la accionante.

Sea como sea estamos ante un tipo de cliente que para una entidad financiera debería merecer un cuidado específico.

*2/ Guiada por el consejo de dos empleados de la sucursal de Caja Cantabria en Cartes, primero D. Javier y después Dña. Sonia , que le convencen de la bondad de un instrumento financiero discutido y discutible se avino a firmar el día 18/05/2009 una orden de suscripción de 45 títulos de participaciones preferentes de la Serie 3, PIVAL NUM001 , invirtiendo 45.000 €, cosa que repitió el día 14/04/2010 con una orden, esta vez de compra, de 9 títulos de participaciones preferentes DIC-03, PIVAL NUM002 , invirtiendo 9.000 €. Invierte así 54.000 €.*

3/ No se conoce con precisión qué información asimiló la actora antes de arriesgarse a esta infeliz inversión.

Cierto es que, llamados por Dña. Flora , comparecen a juicio quienes comercializaron las PPR pero una empleada declara como parte - así que no hace prueba a favor de la Caja - y el otro es un testigo parcial y nada creíble.

Se trata de una consideración de extraordinaria importancia y que merece subrayarse por su trascendencia.

Ante todo hay que recordar que la carga de probar que el cliente fue adecuadamente informado y asesorado en el momento de contratar el producto corresponde al Banco, por

tratarse de un hecho positivo, impeditivo, por su condición de profesional y por tener la máxima disponibilidad y cercanía con las fuentes de prueba conforme resulta tanto del artículo 217.3 como del artículo 217.7 de la LEC, con la agravante de que, desde la STS de la Sala 1ª de 14/11/2005, está sentado que la diligencia que le es exigible no es la propia de un buen padre de familia sino la más rigurosa y específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, que además son usuarios.

Dejando de lado versiones de parte, tanto de la actora como de Liberbank, S.A., *en cuanto a la información escrita no consta que se le hiciera entrega de la Nota de Valores inscrita en la CNMV ni del folleto informativo o el tríptico-resumen ni tan siquiera una hoja de riesgos.* Es cierto que con la contestación se aporta un resumen firmado por la actora (doc. 5) que también se aportaba con la demanda sin su firma (doc. penúltimo pues los que se aportan con la demanda no están numerados) y que ciertamente contiene varias de las características de las PPR pero no es ni completo ni claro. Explica que hay un riesgo de perpetuidad pero esto no es exacto ni claro, debiera haberse explicado que se perdía la propiedad de los ahorros que pasaban a formar parte de los recursos propios de la entidad, además de que esa perpetuidad se enmascara con la posible amortización a los 5 años pero que sólo corresponde al emisor y también dice que los dividendos están condicionados a la obtención de beneficios distribuibles, lo que era cierto en 2009 pero deja de serlo desde que se promulga la ley 6/2011 pasando a depender enteramente de la decisión del Consejo de Administración y el visto bueno del Banco de España y también se habla de riesgo de la variación de la calidad crediticia pero la demandada no demuestra que diera a conocer esta calificación (en el resumen se habla de Baa2 pero un minorista no va a comprender ese término sin una explicación adicional) y menos aún cómo fue rebajándose.

A ello cabe añadir que son documentos (en particular el resumen examinado) abigarrados y bizantinos que expresan nociones confusas empleando un lenguaje críptico y con una grafía pequeña que no facilita nada su comprensión.

Se trata de un ejemplo claro de sobre información frente a la información de calidad que es obligada. Tantos datos y nociones ocultan lo que verdaderamente importa, que queda enmascarado en un discurso técnico y muy poco accesible.

Esta tesitura dificulta que se tome una decisión eficiente aun cuando el usuario sea atento y cuidadoso.

*Por encima de todo destaca que no se realizó el obligatorio (conforme se dirá luego) test de idoneidad.*

Cierto que se hizo el de conveniencia (por cierto que con resultado de no conveniente) pero no era el procedente.

Esta premisa constituye por sí sola fundamento suficiente para apreciar nulidad porque la demandada desatendió una norma imperativa clara y terminante que le imponía una obligación concreta. Tan solo esto justifica la nulidad.

Esto con relación a lo que está documentado. En cuanto a la información verbal es muy poco lo que sabemos, lo que redundará en perjuicio de quien tiene la carga probatoria.

Debe traerse aquí a colación la SAP de Cantabria núm. 133/2014, de 17/03, Sección 4ª, rec. 331/2013, ponente: Joaquín Tafur López de Lemus, porque la Sala destaca en su F.J. 4º la importancia de esta información recibida en la fase decisiva de formación contractual explicando que debe tenerse en cuenta no sólo, ni principalmente, lo escrito sino la totalidad de la negociación, que es de determinante importancia cuando el contrato es complejo.

De igual modo al ser consumidores es dable traer a colación el artículo 61.2 del TR 1/2007, de 16-noviembre.



Como se ha señalado por Liberbank declaran quienes comercializaron el producto, los Sres. Javier y Sonia.

En cuanto a aquél el soporte videográfico (DVD, 09.33 -25.05) da cuenta de su actitud defensiva, sus reticencias ante preguntas comprometidas, de que no es nada fiable.

Tampoco puede dejar de destacarse su condición de testigo hostil desde la perspectiva de Dña. Flora. Casi sobra explicar las poderosas razones que decantan su testimonio a favor de quien le ha tenido, y sigue teniendo, empleado por 11 años y todavía cuenta más su implicación personal.

Precisamente por ello se habrá de poner en valor cuanto en su testimonio refuerza el planteamiento de la demanda.

De su declaración resulta que hubo iniciativa de Caja Cantabria (DVD, 12.50) que da a conocer a su cliente las PPR que, como es lógico, ella no conocía anteriormente y además le da una información incorrecta por incompleta.

D. Javier señala que la entidad le dio formación (DVD, 10.38) sobre las PPR pero luego reconoce que no conoce las leyes que regulan las PPR, las Leyes 13/85 y 6/2011.

Parece que no recuerda (DVD, 13.43 y 13.51) que llamara a la actora o su ex pareja para dar a conocer las PPR, aunque tampoco lo niega pero no hizo saber que peligraba el capital (el testigo dice que no lo dijo en esos términos pero no sabe decir como lo explicó) ni que la actora perdía la propiedad de sus ahorros que pasaba a formar parte de los recursos propios de la Caja, ni identificó ningún conflicto de intereses, que era evidente, indicando que los dividendos sólo estaba condicionados a la obtención de beneficios (DVD, 15.48) cuando a partir de la Ley 6/2011 ya no es así. También dice que no pensaba que las PPR iban a quedarse bloqueadas y, por lo tanto, no lo advirtió a su cliente.

En cuanto a Dña. Sonia declara como parte (DVD, 25.37 - 35.45) así que considerando sólo lo que perjudica a la demandada, como es razonable y con apoyo en el artículo 316 de la LEC, puede destacarse que admite que la actora acudió a propósito del vencimiento de un plazo fijo, aunque no recuerda que lo quería renovar, contratando unas PPR que tan sólo concedían un tipo de un 1 % que no era mucho mejor que un depósito a plazo fijo.

Por lo demás Caja Cantabria nunca hizo inquisición sobre el patrimonio, ingresos, gastos o perfil inversor de Dña. Flora. No se realizó el test obligado, el de idoneidad.

Así pues, con lo único que cuenta el Banco es la información de las órdenes y el resumen, insuficiente (falta mucho) y confuso y los dos test de conveniencia.

*En fin, ateniéndose a todo ello, no queda claro que la demandada se asegurara que su cliente supiera de la condición de las PPR de valor no sujeto a obligación de restitución, la perpetuidad, la condicionalidad de los rendimientos a que el emisor y garante obtengan beneficios (y a partir del 2011 de la decisión de su Consejo de Administración y del Banco de España), el peligroso funcionamiento del mercado secundario, la falta de protección del Fondo de Garantía de Depósitos, con su riesgo de liquidación y de insolvencia de la emisora agravado por el de un orden de prelación nada ventajoso.*

**TERCERO.** Sentadas las anteriores consideraciones que conforman las premisas fácticas del caso procede analizar el fondo del asunto, comenzando por enmarcar la pretensión a enjuiciar en el contexto que le corresponde.

Conviene bosquejar una aproximación, aunque sea general, al *régimen jurídico de las participaciones preferentes*.

Las conocidas como participaciones preferentes - su misma denominación es publicidad engañosa - son valores - por tanto sujetos a la disciplina de la Ley 24/1988, de 28-julio, de Mercado de Valores (LMV en adelante) y sus reglamentos de desarrollo aunque su emisión o comercialización se lleve a cabo por entidades de crédito - de naturaleza privada - por tanto no respaldados por el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD en adelante) - y que al no conferir una participación en el capital ni derechos políticos, como las acciones, son ajenos al capital social o al fondo social de la entidad emisora.

La primera norma que hizo referencia, inicialmente muy somera, a este activo financiero fue la Ley 13/1985, de 25-mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, primero al ser reformada por la Ley 44/2002 y después al incorporarse una DA 2ª con la posterior Ley 19/2003, de 4-julio, de régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, a su vez modificada por La Ley 6/2011, de 11-abril, por la que se transpone la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-septiembre, buscando especialmente determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, en que cabe incardinar las PPR cuya denominación comercial, como antes se dijo, es engañosa porque indica una preferencia que no tienen. Muy al contrario son activos muy tóxicos.

Se trata de un valor de imprecisa naturaleza que algún autor ha definido como "activo de renta fija o variable, privada no acumulativa, condicionada, de carácter perpetuo, pero amortizable anticipadamente, subordinado y carente de derechos políticos".

Esta definición (o cualesquiera otra que se quiera ensayar) suscita una primera pregunta sobre la capacidad de una persona ordinaria para comprender estas nociones.

Es útil conservar este enfoque. Aunque de forma generalizada se conceptúa como producto la participación preferente es un contrato. Pero no un contrato conocido y metabolizado, por así decirlo, en el concepto social, como ocurre con una hipoteca o un depósito a plazo fijo, cuyo régimen a grandes rasgos es conocido por la gente corriente sino una construcción novedosa y sofisticada.

En una segunda lectura se comprende la promulgación de una normativa tuitiva que impone unas obligaciones muy agravadas de información para las entidades financieras. Como quiera que este juzgador ha dictado anteriormente resoluciones en otros procesos en los que participaban los mismos letrados que intervienen en este, en aras de una siempre deseable concisión no se va a detener, como entonces, en las características y el régimen de las PPR.

Tan sólo, de forma muy resumida, se quiere subrayar que no se pueden conceptuar como valor de deuda (aunque así los calificara de forma errónea la invocada DA 2ª) que se define, desde la perspectiva del Banco, como captación de recursos financieros ajenos sujetos a una preceptiva restitución en ciertas condiciones de vencimiento o call.

Como muchos han podido advertir en realidad se trata de una clase especial de acción pero con normas sui generis.

Además sería una acción desvirtuada y cautiva porque se excluyen por ley derechos esenciales del accionista, todos los societarios y gran parte de los patrimoniales.

Su emisión se inserta en un proceso de financiación privada, casi diríamos rescate, de las Cajas de Ahorros, que convirtieron a sus clientes en "bancos de su Banco".

*Sus características definitorias serían sustancialmente múltiples riesgos (que afectan tanto al capital como a los dividendos), anormal rentabilidad, probable iliquidez (que tras la desactivación de los mercados secundarios ha pasado a ser absoluta) y ausencia de derechos políticos.*

*Todas estas notas características llevan a dudar que este producto sea un instrumento apto para los minoristas. En opinión de quien suscribe no es legítima ni razonable su comercialización ni aun con una información detallada.*

*En todo caso se integra dentro de la categoría de los valores complejos a los que hace referencia el artículo 79 bis 8 a) de la Ley 24/1988 que introdujo la L 47/2007. Allí se considera no complejos dos categorías de valores.*

En primer lugar los valores típicamente desprovistos de riesgo así como las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo sería de "general conocimiento".

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

Por ello es dable calificar a la participación preferente como valor complejo: porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres requisitos que se acaban de exponer.

Así lo reconoce la exposición de motivos del RDL 24/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Así lo ha entendido la propia CNMV y la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la única sentencia que ha abordado el producto enjuiciado, la STS núm. 244/2013, de 18/04, así como diversas resoluciones de la jurisprudencia menor como, sin ánimo exhaustivo, las SSAP de Madrid de 16/02/2012, Gerona de 28/01/2013, Córdoba de 30/01/2013, Pontevedra de 4/4/2013, Cáceres de 13/02/2014 o Baleares de 17/02/2014, y la propia SAP de Cantabria en su reciente sentencia núm. 144/2014, de 20-marzo, Sección 4ª, ponente: María-José Arroyo García, con rec. 347/2013.

No es de extrañar que algún destacado autor haya señalado que un inversor informado del contenido que subyace bajo la denominación nunca invertiría en ella pues "se trata del peor de los valores negociables regulados en el panorama español".

**CUARTO.** Dicho lo anterior el siguiente paso lleva a detenerse en el *régimen de información reglada que rige en este sector* a la manera de una suerte de marco protector del inversor, referencia de todas las acciones.

Es en los artículos 38 y 39 del RD 1310/2005 donde se contiene la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado.

El primero, el minorista, es caracterizado por defecto o exclusión: lo es quien o es experto o cualificado y se conceptúa como merecedor de mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los



valores que rige el mercado primario. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y los riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible de los emisores.

Esta idea es la que se predica precisamente en el preámbulo de la antes invocada Ley 6/2011, de 11-abril.

Por su parte el artículo 78 bis de la LMV, tras la Ley 47/2007, clasifica a los inversores como profesionales o minoristas, que nuevamente vienen definidos por defecto.

Se da así lo que se ha venido llamando una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor o comercializador en este sector y el inversor minorista.

Ha de recalcarse que de si de la calificación depende el grado de protección normativa y que caso de reputársele cliente minorista se dispensa el trato más reforzado no cabe duda que Dña. Asunción y su marido son minoristas, y así los conceptuó Caja Cantabria en el contrato marco.

En fin, la superación por insuficiencia del sistema de información reglada como sistema de protección del inversor minorista - y por tanto se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional tomó definitivo cuerpo con la trasposición de la Directiva 2004/39/CE, conocida como MiFID, acrónimo de Markets in Financial Instruments Directive, a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19-diciembre, que reformó la LMV al efecto y el RD 217/2008, de 15-febrero.

En lo que importa al caso que se enjuicia merece la pena destacar ante todo cómo *en la LMV vigente al tiempo de suscribirse los contratos enjuiciados* (en la redacción que le confirió la L 47/2007, antes de la Ley 9/2012, de 14-noviembre, que no es aplicable al caso pero que no deja entrañar significación por su tendencia a incrementar la protección) *se garantizaba un nivel homogéneo básico de salvaguarda mediante la imposición a las entidades de crédito de unos deberes generales que rigen con independencia del tipo de cliente que intervenga en la operación (ya sea minorista o profesional) o de la complejidad del producto y que explicita el artículo 79 de la LMV que les obliga textualmente a "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"*.

Las normas a que se acaba de aludir son el artículo 79 bis de la LMV, que obliga a "mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes" (79 bis 1) con información que debe ser "imparcial (aspecto muy relevante en el que profundizan los artículos 70 quater de la LMV y 44 del RD 217/2008 , lo que se echa en falta en el caso porque la demandada obtuvo un recurso propio a costa de una inversión perjudicial para sus clientes) clara y no engañosa" (79 bis 2) y "comprensible" de modo que permita a los clientes "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" y si se refiere a instrumentos financieros y estrategias de inversión "deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (79 bis 3), párrafo que también aclara que "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".

*Dando otra vuelta de tuerca vemos que el artículo 79 bis 5 de la LMV señala para las entidades que presten "servicios de inversión" que "deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes"*.

Entiendo que esta terminante obligación legal no quedó cumplida ateniéndose a lo razonado en el fundamento 2º.

Luego están los apartados 6 y 7, cuyo desarrollo reglamentario se plasma en el Capítulo III del RD 217/2008, de 15-febrero, donde destacan sus artículos 72 y 73 que regulan los test de idoneidad y de conveniencia.

Son estas reglas fruto de la trasposición del artículo 19 apartado 4 (evaluación de la idoneidad) y apartado 5 (evaluación de la conveniencia) de la Directiva MiFID .

*En relación con esos test el de idoneidad, que incluye el de conveniencia, es obligatorio si hay asesoramiento de inversiones o gestión de carteras de valores en los términos del artículo 79 bis 6 de la LMV, mientras que el test de conveniencia, conforme el artículo 79 bis 7, es el que procede si la operación no es de esa naturaleza.*

Conforme el artículo 79 bis 8 de la LMV este último es excusable pero sólo si se trata de un servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de compra y sólo si se dan varias condiciones que allí describe entre las que se incluye que el producto no sea complejo.

Este último dato excluye que pueda ser de aplicación en este caso; además no se trató de una recepción y transmisión sin más, y, por lo demás, hubo asesoramiento.

*Los apartados 1a) y 1b) del artículo 63 de la LMV indican que se consideran servicios de inversión la recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros y la ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes mientras que el apartado 2a) del mismo artículo establece que se consideran servicios auxiliares la custodia y administración por cuenta de clientes de los instrumentos del artículo 2. Pues bien, conforme a la prueba, ya valorada, la demandada ejerció un servicio de asesoramiento, no se limitó a una mera recepción, transmisión y ejecución de órdenes y custodia y administración de los instrumentos.*

El artículo 63.1 g) de la LMV, luego de trasponer la MiFID, establece que se considera servicio de inversión el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión (trasposición del artículo 4.1.4 de la Directiva 2004/39 ), con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros, no considerándose asesoramiento las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas cuyo valor será de comunicaciones de carácter comercial.

Pero en este caso a los actores se les hizo firmar un contrato de cuenta de valores y otro marco de servicios de inversión y auxiliares y se les hizo una recomendación personalizada de un instrumento concreto (las PPR) no una recomendación divulgada a través de canales de distribución destinados al público en general (ver el pronunciamiento 2º y fundamento 52 de la STJUE de 30-mayo-2013, C-604/11 ) de modo que hubo labor de asesoramiento en los términos del artículo 63.1 g) LMV.

Como digo es muy relevante la STJUE de 30/5/2013, C-604/11, porque sus pronunciamientos desactivan la forzada distinción entre el asesoramiento y la comercialización.

En fin, muy recientemente ha obtenido esta inteligencia la sanción del Pleno de la Sala 1ª, que en su STS de 20/01/2014, núm. 840/2013, rec. 879/2012, ponente: Ignacio Sánchez Gargallo, EDJ 2014/8696, lo fija como doctrina precisamente con base en la STJUE de 30/05/13.

La sentencia no puede ser más clara. El test de idoneidad opera si se presta un servicio de asesoramiento y obliga a realizar un examen completo del cliente sumando al test de

conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) a fin de poderle recomendar los servicios o instrumentos que más le convengan, porque el deber del Banco no se limita a cerciorarse que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el producto (un swap en el caso juzgado por la Sala) y los concretos riesgos asociados sino que además se extiende a evaluar, en atención a su situación financiera y al objeto de inversión perseguido, lo que más le convenía.

La idea se refuerza con el documento que el Comité Europeo de Supervisores financieros (CESR) publica en 4/2010 y la guía de 23/10/10 del CNMV sobre la prestación de servicios de asesoramiento en materia de inversión.

En definitiva, era obligatorio el test de idoneidad, no sólo el de conveniencia, obligación que no fue cumplida.

Aparte de que Liberbank no cumplió con todo cuanto afirman los apartados 1, 2 y 3 del artículo 79 bis de la LMV el que omitiera el test procedente cuando era una exigencia impuesta en una norma imperativa es clave porque aporta sustento por sí solo a la nulidad radical.

En definitiva, estimo incumplidos la LMV y el RD 217/2008 pero, sobre todo, se imponen unas breves consideraciones:

En primer término más allá de las especificaciones de la LMV y sus normas de desarrollo lo esencial es que a las entidades financieras se les impone un nivel mínimo en salvaguarda de sus clientes, incluso no minoristas, que en el caso enjuiciado no se ha respetado. No se trata de que se acomoden de manera ordenancista a unas reglas bizantinas pues fácilmente se puede generar una apariencia haciendo uso de modelos formalizados sino, más sencillamente, que el Banco debe asegurarse de que su cliente recibe una información de calidad y de forma comprensible, en función de sus especiales características, al punto en que puede aseverarse a ciencia cierta que tomó una decisión informada, y además debe acreditarlo si se niega, lo que en el caso que nos ocupa no ocurre. No ha habido diligencia ni transparencia ni imparcialidad y además se ha trasgredido la buena fe.

En segundo lugar, en conexión con este último apunte, más allá de estas minuciosas y detallistas reglas la posición del actor halla sustento no en tal Decreto o Directiva sino más fundadamente en el artículo 7 de nuestro viejo Código Civil , presente en nuestro ordenamiento antes de promulgarse la Constitución (completado por el igualmente destacado artículo 1.258 ) y que, en lo que importa, impone a los contratantes la obligación, que es legal, de conducirse conforme a las exigencias de la buena fe y proscribire en abuso de derecho o su ejercicio antisocial.

Por lo demás se trata de un valor supranacional que está asimilado por todo nuestro entorno económico y cultural.

De ello da muestra el artículo 1:201 de los llamados Principios de Derecho Europeo de Contratos (en acrónimo PECL) que dispone como un deber general que cada parte deberla actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

Este deber se traduce en un deber de lealtad en los tratos preliminares y en la decisiva fase de formación del contrato. Citando la SAP de Santander núm. 174/2013, de 16-abril, Sección 4ª, ponente: Joaquín Tafur López de Lemus, rollo de Sala núm. 176/2012, este deber no se debe entender de manera exorbitante como búsqueda del interés ajeno pero si como "prevención del indebido perjuicio que pueda sufrir el otro contratante a consecuencia de su mala información".

Además este deber de lealtad se exaspera en caso de contratos complejos con importantes riesgos económicos y si además es un contrato de adhesión predisposto por el profesional es de justicia imponer al predisponente una cumplida, detallada y rotundamente completa información acerca de las características del contrato y de los especiales riesgos que comporta por pura exigencia del deber de ser leal. Aquí es donde tiene plena cabida la lúcida reflexión que hizo la STS núm. 230/1981, de 26-octubre, EDJ 1981/1697, al decir que la deslealtad de una parte es independiente de la actitud del afectado y que no se debe premiar aquélla a socaire de la indebida confianza que le prestara el incauto. Lo que ahora importa es destacar es que estas reflexiones son anteriores a todos esos Decretos y Directivas europeas.

Es momento de reseñar que estas consideraciones han obtenido pleno respaldo en la reciente SAP de Cantabria núm. 133/2014, de 17/03, Sección 4ª, ponente: Joaquín Tafur López de Lemus, rec. 331/2014, que enjuicia un recurso de apelación interpuesto por Liberbank, S.A. contra una sentencia dictada por este Juzgado favorable a una preferentista, y es difícil concebir mayor conexión.

**QUINTO.** Sentadas tales consideraciones, que son de orden general, procederá ahora extrapolarlas al caso concreto.

*Es dable acudir al máximo grado de ineficacia posible, la nulidad absoluta por infracción de normas imperativas/prohibitivas del artículo 6.3 de nuestro CC.*

Afrontando esta cuestión lo primero de todo será recordar que este tipo de productos se definen como valores y por tanto se sujetan a la disciplina de la LMV, lo que permite eludir la duda que se suscita con los swap en torno a si mas allá del CC la normativa sectorial es la relativa al mercado de valores o la del sector bancario.

*Lo anteriormente señalado obliga a afrontar la discutida naturaleza (administrativa o privada) de la LMV, cuestión nada pacífica. No son pocas las resoluciones que se ocupan de esa "inacabada polémica" y que añaden que no evita que esa norma "no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable".*

Cabe citar las SSAP de Oviedo de 23/6/2010, Sección 5ª, SAP O 1787/2010, 12/11/2010, Sección 4ª, SAP O 2595/2010, 14/2/2011, Sección 4ª, SAP O 238/2011, 22/2/2011, Sección 4ª, SAP O 298/2011, 20/4/2011, Sección 5ª, SAP O 685/2011, 30/5/2011, Sección 4ª, SAP O 953/2011, 29/6/2011, Sección 5ª, SAP. O 1522/2011, 21/10/2011, Sección 5ª, SAP O 1783/2011, 24/10/2011, Sección 5ª, SAP O 1785/2011, 21/2/2012, Sección 5ª, SAP O 340/2012, 15/6/2012, Sección 5ª, SAP O 1423/2012, Mallorca de 20/6/2011, Sección 5ª, SAP IB 1374/2011 y 15/10/2012, Sección 5ª, SAP IB 2387/2012, Salamanca de 21/6/2011, Sección 1ª, SAP SA 444/2011, 27/9/2011, Sección 1ª, SAP SA 603/2011, 24/7/2012, Sección 1ª, SAP SA 444/2012 y 11/12/2012, Sección 1ª, SAP SA 893/2012, y Las Palmas de 9/10/2012, Sección 4ª, SAP GC 2332/2012, recaídas juzgando swap bancarios pero con razones extrapolables.

La cuestión presenta perfiles dudosos pero entiendo que para la resolución de la acción de nulidad no es preciso zanjar ese complejo debate porque aunque una primera corriente jurisprudencial entendía que la sanción de nulidad no se reputaba aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas, de lo que son muestra las SSTS de 26-abril-1995, ponente: Rafael Casares Córdoba, Roj: STS 2346/1995 o la de 22-julio-1997, ponente: Alfonso Villagómez Rodil, Roj: STS 5540/1997, *se ha abierto paso un nuevo criterio en la actual jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que, contemplando diversos supuestos de infracción directa de una norma administrativa, afirma que, siendo norma imperativa o prohibitiva, conlleva la sanción de nulidad que contempla el artículo 6.3 del Código Civil ..*

Son exponentes de esa nueva pero consolidada doctrina las SSTS de 30-noviembre-2006, ponente: Francisco Marín Castán, Roj: STS 7524/2006, 10-octubre-2008, ponente:

Francisco Marín Castán, Roj: STS 5227/2008 , 19-noviembre-2008, ponente: Francisco Marín Castán, Roj: STS 6456/2008 , 22-diciembre-2009, ponente: Juan-Antonio Xiol Ríos, Roj: STS 8533/2009 , 11-junio-2010, ponente: Encarnación Roca Trías, Roj: STS 3061/2010 , y 7-octubre-2011, ponente: X. O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 6601/2011 .

Por lo demás es obvio que los legisladores español y europeo se han mostrado extremadamente puntillosos en este particular, sucediéndose normas cada vez más protectoras que tienen como objetivo declarado que el cliente sea informado con rigor. La Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21-abril-2004 señala que su objetivo proteger a ultranza al inversor del "oscuro mercado financiero" y que busca un alto nivel de protección de los inversores.

No hay ninguna razón para no conceptuar este conjunto normativo como una regla imperativa cuya vulneración desencadena el efecto previsto en el artículo 6.3 del CC.

La idea se refuerza si se piensa que la jurisprudencia del TJUE, de impactante efecto, conceptúa las normas de protección de los consumidores como reglas de orden público (véase en tal sentido la STJUE de 6/10/2009, C-40/08 , bien es cierto que en referencia a otra Directiva distinta de la MiFID pero con razones extrapolables) subrayando su importancia al señalar que está en juego la calidad de vida de los ciudadanos europeos y, en particular, que la ya citada STJUE de 30/05/2013, C-604/11 , señala que si bien las consecuencias contractuales de la inobservancia de las exigencias de evaluación corresponden al derecho interno\* deben respetarse los principios de equivalencia y efectividad.

Dicho lo anterior en la línea de lo que argumenta la SAP de León de 1/03/2012, Sección 1ª, Roj: SAP LE 282/2012, puede sostenerse que cualquier vulneración de una norma imperativa sobre información a uno de los contratantes -inclusive la LMV - deberá ser considerada como esencial.

Por último, merece la pena destacar el pleno de unificación de criterios que tuvo lugar en Santiago de Compostela el día 4/12/2013, al que acudieron los magistrados de las cuatro Audiencias Provinciales gallegas, y en la que se acordó entre otras conclusiones: "Con carácter general, la vulneración de normas imperativas relativas al derecho de información sobre adquisición de productos financieros como participaciones preferentes y deuda subordinada puede llegar a provocar la nulidad de pleno derecho del contrato. La normativa sobre consumidores y usuarios es aplicable de oficio".

Desde esta perspectiva cuando estas consideraciones se ponen en relación con los hechos ya sentados se comprende que la acción de nulidad absoluta debe encontrar acogida. Las previsiones a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento tienen a conseguir que la información prestada por las entidades financieras reúna una condiciones objetivas de corrección (información clara, precisa, suficiente y tempestiva) y otras que podrían calificarse de subjetivas por atender a circunstancias concretas de su cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos financieros complejos y otras) que aquí no se han cumplido. Veamos:

Desde el punto de vista objetivo es cierto que la demandada prueba que la documentación precontractual que afirma que entregó a su cliente si que le fue entregada.

*Ahora bien, la única documentación probada como recibida no contiene una información bastante y completa, conforme ya se ha razonado. Faltó entregar el tríptico y folleto.*

Es particularmente que no se hiciera test de idoneidad, que, como ya se dijo, justifica por sí solo la nulidad.

En cuanto a la información verbal que el Banco tuvo a bien ofrecer antes de la decisiva firma como antes se ha valorado quedaron importantísimas lagunas sin cubrir.



Siguiendo la SAP Cantabria 17/03/2014 se debió informar a la actora "con claridad, precisión e intensidad, acerca de los siguientes extremos: 1) que si la evolución de Liberbank era negativa, la actora dejaría de cobrar intereses; 2) que tal contingencia no se presentaba como una remotísima posibilidad, sino como algo que podría suceder en cualquier tiempo (como así ha acontecido, y en un período muy breve de tiempo desde la suscripción del producto); 3) que, en orden a la remuneración, la esencia del contrato no se asimilaba a la de un préstamo, sino más bien a la de una acción, puesto que la retribución dependía en cada momento de la suerte económica que experimentara Liberbank; 4) que si ése era el régimen retributivo del producto, la demandada, por virtud del aludido deber general de actuar conforme a la buena fe que rige la contratación, hubo de informar a la actora acerca [de] cuál sería la razonable evolución económica futura de Liberbank, o al menos haberle aclarado - en términos comprensibles - cuál era su real estado de cuentas en el momento de la contratación; 5) que no siendo siquiera pensable que la actora hubiera podido formarse una idea clara de esa realidad, ni aunque la demandada se hubiera tratado de explicársela, de ello se sigue que resultaba improcedente incitar a clientes de un perfil como el de la actora, a suscribir un contrato tan complejo y potencialmente dañino para ella como el de autos".

Desde el punto de vista subjetivo no se aprecia de ningún modo que se haya cumplido con los requisitos legales mínimos de información que permitieran a la Sra. Flora conocer las características de la PPR.

**SEXTO.** Las razones expresadas en el precedente fundamento son suficientes para la íntegra estimación de la demanda.

Ahora bien, por agotar el debate no parece estar de más abordar la ineficacia que se denuncia, la anulabilidad.

*Pues bien, refuerza la conclusión del precedente fundamento tener presente que también esta acción está en disposición de prosperar porque la combinación de las circunstancias señaladas permite considerar que concurrió un vicio en el consentimiento, afectado por una representación falsa por los actores 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 asumieron como los que les habrían conducido a la celebración del contrato.*

Cierto es que no todo error o ignorancia de circunstancias sirve para anular el contrato. A partir del tenor literal del artículo 1.266 del Código Civil pero con un afinado desarrollo jurisprudencial se afirma como necesario que sea esencial, sustancial y excusable.

Este último requisito no aparece en el CC pero se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe a los que da sustento el artículo 7 del Código.

Así lo afirman la STS de 17/06/2010 , RJ 2010\5407, así como las SSTS núm. 683/2012, de 21 / 11, EDJ 2012/262627, y núm. 626/2013, de 29/10 , EDJ 2013/225914, recaídas en relación con swap bancarios y en ambos casos con D. Jose-Ramón Ferrándiz Gabriel de ponente, que marcan pautas para analizar este vicio desde un punto de partida inicial de especial cautela inspirada en el necesario respeto a la seguridad jurídica y la palabra dada, estereotipado en la fórmula latina *pacta sunt servanda*.

Ahora bien, aun así, cada caso merece su propia suerte (véase la ya citada STS de Pleno de 20/01/2014, rec. 879/2012 , EDJ 2014/8696, que demuestra cómo con premisas distintas se llega a soluciones divergentes y es de ver su máxima conexión con el caso porque en ella la Sala 1ª presume que hubo error al faltar el test MiFID) y a partir de los hechos que se han considerado en el segundo fundamento (destacando la inexperiencia inversora de los instantes y la falta de calidad de la información) no hay problema en afirmar que en este caso el error fue esencial al afectar a la obligaciones principales del contrato y su característica económica más significativa: su alto y variadísimo riesgo; sustancial, por afectar a un

elemento nuclear del contrato, sobre la base de la falta de información concurrente e imputable al Banco, obligado a facilitar que sus clientes adquirieran plena conciencia de lo que contrataban, y, sobre todo, de los riesgos que asumían y no fue así; y excusable, pues es razonable y está asumido en el concepto social que un cliente de toda la vida confíe en la palabra de un empleado bancario sin ser consciente de los riesgos de un contrato complejo sobre el que no se recibió información.

Apoyan esta idea resoluciones recientes como las SSAP de Baleares núm. 354/2013, de 17 / 10, Sección 3ª, EDJ 2013/193009, o núm. 58/2014, de 17/02 , Sección 3ª, rec. 51572013, EDJ 2014/19562, Albacete núm. 173/2013, de 21/10 , Sección 2ª, EDJ 2013/216829, Lugo núm. 363/2013, de 21/10 , Sección 1ª, EDJ 2013/239111, Guipúzcoa núm. 350/2013, de 25/11 , Sección 3ª, EDJ 2013/229887, Ciudad Real núm. 33/2014, de 6/2, Sección 1ª, rec. 247/2013, EDJ 2014/18204, Pontevedra núm. 46/2014 de 11/2, Sección 1ª, rec. 42/2014, EDJ 2014/23514, Cáceres núm. 37/2014, de 13/2, Sección 1ª, rec. 60/2014, EDJ 2014/22890, y Madrid núm. 40/2014, de 13/2, Sección 10ª, rec. 495/2013, EDJ 2014/14284. En fin, dadas las dimensiones del fenómeno, es seguro que esta lista va a aumentar exponencialmente.

Pero de manera especial sirve de intenso refuerzo la relevante STS de la Sala 1ª núm. 366/2013, de 6/06 , con id. Cendoj núm. 28079110012013100353, EDJ 2013/119038, recurso núm. 2039/2010, ponente: Sebastián Sastre Papiol.

Es de ver que allí se argumenta que no puede exigirse al comprador de un producto financiero una diligencia tendente a comprobar todos los datos técnicos, económicos y financieros facilitados por el vendedor que suponga partir de un escenario de desconfianza, que el tráfico mercantil descansa en la confianza negocial y buena fe.

**SÉPTIMO.** En otro orden debe reseñarse que la accionante se constituyó en su relación con la Caja como usuaria, por tanto parte débil, de un activo no destinado a un uso comercial o a integrarse en algún proceso de producción.

En consecuencia, le resulta de aplicación favorable la normativa sectorial protectora de los consumidores e usuarios, regulación actualmente contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16-noviembre, publicado después de la suscripción de los contratos de suerte que no es directamente aplicable pero que refunde la normativa sectorial precedente, imponiendo la obligación de que cumplan con los requisitos de la buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes.

En este punto hay que decir que el legislador ha dado sobradas muestras de su preocupación por la información que reciben los consumidores en la fase precontractual.

De ello dan cuenta, entre otros, el artículo 8d) del TR 1/2007 , que define entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios la información correcta sobre los diferentes bienes y servicios, lo que luego desarrolla el artículo 12 obligando a los empresarios a poner en conocimiento previo del consumidor y usuario por medios apropiados los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, en el mismo sentido que el artículo 60 y también el artículo 8ob) cuando exige a los contratos que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, como es el caso, concreción, claridad y sencillez en la redacción, así como accesibilidad y legibilidad de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

Justo es reconocer que la infracción de estos preceptos (otra cosa sería del artículo 85) no constituye el fundamento de una posible nulidad que pueda enjuiciarse en esta jurisdicción (al igual que sucede la Ley 7/1998, de 13-abril , sobre condiciones generales de la contratación, igualmente aplicable porque el contrato era de adhesión) pero no es menos cierto que la vulneración de esta normativa sectorial no tiene un valor meramente

admonitorio sino que sirve para informar tanto la acción de nulidad por infracción de la LMV como la anulabilidad.

¿De qué manera se refuerzan las conclusiones apuntadas?

Coadyugando la interpretación de las normas que se ha defendido. Por ejemplo, aparte la ya razonada aplicación del artículo 61.2 del RDL 1/2007 se incluyen en las ordenes de compra y de suscripción de declaraciones de ciencia prerredactadas sobre su conocimiento del significado y trascendencia de la orden en todos sus términos y de haberseles puesto a su disposición una copia de la Nota de Valores y un resumen pero hay que tener presente su invalidez resultante de considerar el artículo 89.1 del RDL 1/2007 que considera como abusivas: "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios".

De ello se viene a inferir que son nulas las declaraciones de ciencia, como las que constan en las órdenes de compra y suscripción si se acredita que los hechos a que se refiere son inexistentes o ficticios.

Esta idea se percibe mejor cuando se pone en relación con la parte general del Derecho Civil, el Título Preliminar, cuyos artículos 1.4, 3, 4.1, 7.1 conforman un marco normativo que aporta un sustento propio a la demanda informando la interpretación de las reglas mencionadas.

Estimo que hace innecesario en este punto acudir al TJUE, de apelación determinante y hasta revolucionaria en otros ámbitos (singularmente en las ejecuciones hipotecarias) pero que en este tropieza con la carencia de efecto horizontal de las Directivas comunitarias, a las que no se les concede que por si solas impongan obligaciones a un particular y no pueden, por lo tanto, ser invocadas, no en su calidad de tales, por un particular contra otro.

En tal sentido pueden citarse las SSTJUE de 26-febrero-1986 , Marshall, C-152/84, apartado 48; 14-julio-1994 , Faccini Dori, C-91/92, apartado 20; 7-marzo-1996 , El Corte Inglés, C-192/94, apartados 16 y 17, donde el TJUE aclara que esta doctrina se aplica incluso bajo la vigencia del nuevo Tratado de la Unión Europea cuyo novedoso artículo 129 se perfila conforme a un alcance limitado, 7-enero-2004, Wells, C-201/02, apartado 56, 5-octubre-2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C- 403/01, apartados 108 y 109, 7-junio-2007, Carp, C-80/06, id. Cendoj STJUE 124/2007, apartados 20 a 22 , 19-enero-2010 , Küçükdeveci, C-555/07, apartado 46, o 21-octubre-2010 , Accardo, C-227/09, apartado 45, así como otras muchas.

Ahora bien, en este orden es innecesario apelar al Tribunal de Luxemburgo cuando el artículo 7 del CC , ya invocado, impone un deber de lealtad al Banco que adquiere perfiles de máxima intensidad cuando trata con un cliente de las características de los actores, a la luz de su condición de parte débil, enfrentada en situación de máximo desequilibrio a una todopoderosa entidad, que cuenta vergonzantemente con todos los parabienes de las Administraciones, a la luz del principio de protección de la parte más débil que puede extraerse vía analogía iuris ( STS del Pleno de la Sala 1ª núm. 611/2005, de 12-septiembre, rec. 980/2002 , LA LEY núm. 1826/2005) y que informa ( artículo 1.4 del CC ) la interpretación de las normas junto con la equidad ( artículo 3.2 del CC ) y sin perder nunca de vista la realidad social (3.1 del CC), todo lo cual hace de hilo conductor que refuerza las conclusiones que se propugnan.

**OCTAVO.** Quedan por abordar los alegatos de la demandada en el sentido de que las PPR no debieran ser objeto de acción con éxito pues ya no existen al haberse canjeado.

Ante ello hay que decir que las razones hasta expresadas sirven, en aplicación de la conocida doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato ( SSTS de 6/06/1997 , RJ 1998/376, núm. 834/2009, de 22/12 , rec. 407/2006, EDJ 2009/332137, ROJ STS 8533/2009 , o núm. 375/2010, de 17/06 , rec. 1506/2006, ROJ STS 4216/2010 , EDJ 2010/152966, las dos últimas teniendo como ponente al Magistrado J. Antonio Xiol Rios), para fundar su nulidad.

Pocas dudas puede haber que sin PPR la actora no se hubiera tenido que resignar al canje que le fue impuesto.

No hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros de tal suerte que la ineficacia del contrato origen que es presupuesto acarrea la nulidad del subsiguiente.

Al apreciarse nulidad absoluta no hay novación por resultar de aplicación el artículo 1.208 ni confirmación conforme lo dispuesto en el artículo 1.310, ambos del CC .

Este último precepto no hace sino recoger una antiquísima regla que suele expresarse en el aforismo en latín recogido en el Digesto, Libro L, Título XVII, regla 29: "Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere".

Es por ello que aunque la resolución administrativa que acuerda en canje como tal no puede ser afectada por el pronunciamiento que dicte un juzgado civil (sí por un juzgado del orden contencioso) sí el efecto novatorio a que da lugar, que se enjuicia aquí y se dice que no vale.

En cuanto a los argumentos que pudieran tomar pié en la Ley 9/2012 es obligado hacer una interpretación conforme Constitución, señalando en tal sentido que en ninguna parte de su articulado hace la menor referencia a las acciones de nulidad o anulabilidad, que quedan extra muros de sus reglas y en cuanto a la participación adecuada de los preferentista a que hace continua mención entiendo que la que corresponde a los actores es ninguna.

Por lo demás esta inteligencia obtiene sanción en la ya citada SAP de Cantabria de 17-marzo-2014, en la que la Sala deja claro que el RDL 24/2012 , precedente de la Ley 9/2012, sólo, podrá ser aplicado a los contratos válidos, no a los inválidos que es como si nunca hubieran nacido.

*Sea como sea los efectos connaturales y ex lege de la nulidad son los del artículo 1.303 del Código Civil , que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.*

*El precepto define una restitutio in integrum con retroacción ex tunc, intentando que las partes afectadas vuelvan a encontrarse en la misma situación personal y patrimonial que tenían al tiempo del evento invalidador.*

*De ahí se ha de concluir la obligación de la demandada de devolver el principal invertido, 54.000 €, y los frutos que el capital le ha reportado, que, conforme es propio, se materializa en el interés legal devengado desde el instante en que se materializaran los contratos anulados.*

*Ahora bien, es cierto que a fin de lograr un justo reintegro la instante debe devolver a la demandada todos los importes abonados trimestralmente como intereses o cupones percibidos durante el periodo de vigencia del producto también con el interés legal desde su recepción.*

*De igual modo si la preferentista se quedase con las acciones en que se han canjeado sus PPR habría enriquecimiento injusto, de modo que deberá devolverlas.*

A fin de que la liquidación consista en una mera operación aritmética se deja señalado que se han de reintegrar los dividendos en su cantidad bruta y no neta.

En la línea de lo razonado por la SAP de Madrid núm. 40/2014, de 13/02, Sección 10<sup>a</sup>, rec. 495/2013 , EDJ 2014/14284, este juzgador entiende que el pago del impuesto se refiere estrictamente a la relación entre preferentista y la Hacienda Pública, donde se habrá de

liquidar, en su caso, sin que afecte a la restitución de prestaciones que, como se ha dicho, se le debe al Banco.

Es un efecto que deriva no del contrato sino de la Ley.

Así lo afirma una doctrina jurisprudencial reiterada ( SSTS núm. 312/2006, de 24-marzo, ponente: Jesús Corbal Fernández, EDJ 2006/29165 , o núm. 473/2006, de 22-mayo , EDJ 2006/71171, ponente: Montes Penades, entre muchas) hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecida, sin que, al acordarlo así en el fallo de la sentencia, se hay incurrido en incongruencia.

No es este el momento sino que será en ejecución de sentencia cuando se podrá precisar la liquidación de las prestaciones a restituir, teniendo presente que la nulidad se consumó desde el momento mismo de perfección.

Será entonces donde se precisará la cifra del crédito de los actores contra el Banco conforme a las bases sentadas no sin olvidar dar aplicación al artículo 576 de la LEC.

En este punto es momento de señalar que la demanda es deficiente por muchas razones que no han tenido trascendencia, por fortuna para la actora, hasta ahora.

Es de ver que ha dejado sin aclarar qué sucede con la devolución de las acciones en que se han canjeado las PPR, una determinación que podría salvarse entendiendo que la obligación de su restitución al Banco no entraña una estimación parcial de la demanda porque se trata de un efecto inherente derivado de la nulidad que se declara, una idea que ratifica la SAP de Cantabria núm. 134/2014, de 20/03, Sección 4ª, ponente: Arroyo Garcia, rec. 347/2013 , pero no puede decirse lo mismo de los dividendos percibidos por la actora porque su cuantía es estimable y porque no es un efecto connatural pues depende de la aplicación del artículo 1.303 o el 1.306 del CC , aspecto sobre el que la parte actora guarda silencio no sólo en la demanda sino increíblemente también en actuaciones posteriores y que sólo suscita la arte demandada, lo que lleva a que si se aprecia la obligación de devolver dividendos hay estimación parcial.

Entiendo que hay una estimación parcial porque aunque es más que probable que haya causa torpe que justifique la aplicación del artículo 1.306 del CC la actora debe apoyar este alegato, que tampoco hace, por lo demás, en una prueba que ponga de manifiesto una actuación maliciosa por el Banco, y no aporta ni un solo indicio cuando por otros procesos previos es sabido que los hay.

**NOVENO.** Concluyendo, *en cuanto a los daños morales* es bien conocido que procede su indemnización cuando el restablecimiento no resulta suficientemente cumplido con la indemnización de los daños materiales porque se han visto afectadas parcelas íntimas del ser humano, sus sentimientos y propia estima, por el sufrimiento, desasosiego e intranquilidad derivados de la situación creada y también que no están huérfanos de amparo legal, el artículo 1.107 del CC se refiere a todos los daños.

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



Es verdad que el daño moral ha sido apreciado de forma muy excepcional en el ámbito de las relaciones contractuales y también lo es que la STS de 10/07/2012 , recordando la de 31/10/2002 , dejó sentado que su concepto es estricto y no comprende aspectos del daño material afirmando que "sí una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual", que "hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona" y que "no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial".

Ahora bien, en este caso no se reclama más daño que el moral. La recuperación del capital invertido es fruto de la restitución de prestaciones que regula el Código Civil como efecto connatural de la nulidad, no de una supuesta (en realidad inexistente) reclamación por daño material.

Porque la bajada en el rendimiento deportivo de Dña. Flora no se alega como base de una reclamación económica que no se pide sino como una circunstancia más que ilustra el sufrimiento de la víctima, un daño moral puro.

A ello hay que añadir que *cuenta con prueba cumplida*. SE acredita un daño distinto del material constituido por la pérdida económica que se quiere corregir o del descenso del rendimiento, e igualmente *está probado el nexo causal entre la actuación de la demandada y el sufrimiento de la víctima, materializado en ansiedad, inestabilidad, angustia, problemas con el sueño y hasta con el control de los esfínteres, constituida por el informe de valor pericial aportado con la demanda completado con la testifical-pericial de su autora, psicóloga de profesión*.

*Resulta particularmente ilustrativo, y es bien triste, cuando Dña. Gloria explica el daño de Dña. Flora al tener que competir por una empresa que ha defraudado su confianza, como quiera que era Caja Cantabria quien le patrocinaba. Es comprensible y atendible el argumento*.

No hay tampoco problema en una reclamación a tanto alzado pues en este terreo es ilusoria toda precisión pero si que hay que señalar que la cantidad reclamada, 6.000 €, resulta excesiva para lo que es propio en la plaza entendiendo más ajustada la de 4.000 € de indemnización.

**DÉCIMO.-** En materia de costas es de aplicación el artículo 394.2 de la LEC , lo que no impide la imposición de costas a Liberbank, S.A. porque hay méritos para apreciar temeridad habida cuenta, de la masiva condena en los juzgados de la plaza con argumentos y decisiones que está respaldando la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria.

La demandada conoce que en casos sustancialmente idénticos ha sido condenada una y otra vez, como conoce o debe conocer resoluciones de la CNMV y reformas legislativas que han reconocido la existencia de errores en la comercialización y tras la STS de 20/01/2014 sabe o debe saber que se entiende que asesoró la contratación y en este caso no realizó el test de idoneidad y también conoce qué cumplida prueba se exige en este tipo de pleitos y conoce con qué prueba cuenta. El nivel de exigencia informativa para los minoristas es clara en la ley. Su actitud no es ya temeraria sino incomprensible.

Vistos los preceptos legales citados en el texto de esta resolución y todos los demás de general y pertinente aplicación, por las facultades que me han sido conferidas por la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico

**FALLO**

Que, con parcial estimación de la demanda interpuesta por la procuradora Dña. María del Mar Macías de Barrio, a instancia de Dña. Flora , contra Liberbank, S.A., acuerdo los siguientes pronunciamientos:

1/ DECLARO la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes firmado el 18/05/2009 y de compra de participaciones preferentes del día 14/04/2010.

2/ Que, a consecuencia de lo anterior, CONDENO a la demandada a la restitución a la actora de los 45.000 y 9.000 € invertidos, más el interés legal correspondiente devengado por la inversión desde el instante en que se materializó la orden de suscripción y de compra, respectivamente, pero con deducción de la totalidad de los importes brutos abonados trimestralmente como intereses o cupones durante el periodo de vigencia de las participaciones preferentes, con el interés legal desde el instante en que se percibieron, debiendo restituir también la actora las acciones resultantes del canje del FROB, y a pagarle a la actora 4.000 € por daños morales.

3/ CONDENO a la parte demandada al pago de las costas.

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-julio, del Poder Judicial y 208.4 de la NLEC 1/2000, de 7-enero, notifíquese esta sentencia a las partes y hágaseles saber que la misma no es firme puesto que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Santander que se habrá de interponer por escrito con firma de abogado y dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a su notificación, tramitándose el recurso de conformidad con los artículos 455 y concordantes de la vigente LEC , tras la modificación experimentada en virtud de la Ley 37/2011, de 10-octubre, de medidas de agilización procesal, que es aplicable en razón de su Disposición Transitoria Única .

Se debe tener presente la reforma que introduce la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3-noviembre , que obliga a hacer depósito de 50€ para poder recurrir, al hilo de lo cual se advierte que, de conformidad con la Instrucción 8/2009, de 4-noviembre, relativa al procedimiento a seguir en relación a la cuenta 9900 de depósitos de recursos desestimados, en caso de interponer recurso contra la resolución que se notifica habrá de constituirse depósito por importe de CINCUENTA EUROS en la cuenta del expediente e indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un recurso, seguido del código y tipo concreto de recurso de que se trate, siguiendo la numeración y descripción contemplada en la relación que se adjunta y si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el Código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta de Expediente, separado por un espacio, teniendo presente que al momento de interponer el recurso el recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir, mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso.

En caso de que se estime total o parcialmente el recurso, el importe constituido para recurrir será reintegrado al recurrente mediante la expedición de Mandamiento de Pago o transferencia a la cuenta no judicial correspondiente.

En el supuesto de que el recurso sea inadmitido o se confirme la resolución recurrida el recurrente perderá el depósito y su importe será transferido desde la cuenta de expediente judicial correspondiente hasta la cuenta 9900.

Líbrese testimonio de la presente resolución, que se unirá a los presentes autos, custodiándose el original en el libro de sentencias que se lleva en este Juzgado.

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

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado que la dictó, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su pronunciamiento, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.