



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 1**

C/ MARQUES DE REINOSA, Nº 2

Reinosa

Teléfono: 942-774059

Fax.: 942-750791

Modelo: TX019

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**

Nº: **0000170/2013**

NIG: 3905941120130000199

Materia: Obligaciones

Resolución: Sentencia 000116/2014

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	ANGEL VARONA RUIZ	JOSÉ MARÍA DOBARGANES GÓMEZ
Demandado	CAJA DE AHORROS DE SANTANDER Y CANTABRIA.- AHORA LIBERBANK SA	SILVIA BLANCO ZUBIZARRETA

SENTENCIA nº 000116/2014

En Reinosa, a 26 de septiembre de 2014.

Vistos por Dña. M^a Vanesa Gorostiza Álvarez, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Reinosa, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante este Juzgado con el número **170/2013**, a instancia de D. ÁNGEL VARONA RUIZ, representado por su Procurador Sr. Dobarganes Gómez y asistido por su Letrado Sr. Ecenarro Basterrechea, contra la entidad "Caja de Ahorros de Santander y Cantabria" (actualmente "LIBERBANK, S.A.), representada por su Procuradora Sra. Blanco Zubizarreta y asistida de Letrado Sr. Calderón Labao, sobre ejercicio de acción de nulidad en ámbito contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de abril de 2013 es presentada ante este Juzgado demanda por la representación procesal de D. Ángel Varona Ruiz en la que, con base a los hechos que expone y los fundamentos de derecho que estima de aplicación, se solicita que se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a estar y pasar por la declaración de inexistencia, o en su caso, nulidad o anulabilidad y subsidiariamente la resolución del contrato de cuenta de valores de la Orden de suscripción celebrado el 28 de noviembre de 2003 y su posterior canje de 19 de marzo de 2013, con los efectos que de ello derivan y con expresa imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- Por Decreto de 8 de mayo de 2013 es admitida a trámite la demanda y, dado traslado a la parte



demandada, es presentada el 17 de junio de 2013 contestación ante este Juzgado por la representación procesal de "Liberbank, S.A.". En su escrito, con base en los hechos que oponen y los fundamentos de derecho que estiman de aplicación, solicitan que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición a la actora de las costas procesales.

TERCERO.- El 14 de noviembre de 2013 se celebró audiencia previa con asistencia de ambas partes, ratificándose ambas en sus escritos de demanda y contestación respectivamente (renunciando la demandada a las excepciones procesales planteadas salvo lo referente a la caducidad de la acción), y no siendo posible ningún acuerdo se propuso prueba resultando admitida: por la parte actora, documental aportada con la demanda y más documental con arreglo al artículo 328 LEC, y testifical de D. Rafael Carrión de la Lastra; por la parte demandada, documental aportada con el escrito de contestación, interrogatorio del actor y testifical de D. Rafael Carrión de la Lastra.

CUARTO.- El 10 de abril de 2014 es celebrado juicio en el que, practicada la prueba propuesta y admitida, se da traslado a las partes para conclusiones y quedan los autos conclusos y vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento ejercita la parte actora acción instando, con carácter principal, la declaración de nulidad del contrato de Cuenta de Valores 0800021884 de la Orden de Suscripción de Valores de 28 de noviembre de 2003 sobre "PREFERENTES CANTABRIA PREFERENTES S.A. SERIE 1" e igualmente la doble operación perfeccionada entre las partes el 19 de marzo de 2013 (orden de canje al amparo de la Ley 9/2012) por concurrencia de dolo y error en la formación del consentimiento y, subsidiariamente, su resolución por incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento, con expresa imposición de costas a la demandada en todo caso.

Se alega que el demandante, de 86 años en el momento de presentación de la demanda, con formación académica básica y cuya actividad laboral se centró en la actividad por cuenta ajena como operario y



ordenanza, adquirió con los ahorros de su patrimonio en sociedad de gananciales con su esposa un total de 121 títulos de participaciones preferentes CAJA CANTABRIA SERIE 1 (documentos 4 y 5) por valor de 121.000 euros porque se le informó de que era un producto seguro y del cual podía disponer en cualquier momento y resultaron ser participaciones preferentes: un producto de riesgo, con liquidez limitada cuya remuneración depende de la obtención de beneficios y no es acumulable, colocándose el inversor en la prelación de créditos detrás de todos los acreedores comunes y subordinados.

Alega la parte demandante que el actor nunca había efectuado inversiones de riesgo, que le pusieron todos los documentos a la firma sin información sobre su contenido y reputa infringida la normativa constituida por el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores (en su redacción previa a la modificación dada por la Ley 47/2007) con su desarrollo previsto en RD.629/93 (hoy derogado por el RD. 217/2008), la Ley General para la Defensa de los Consumidores e Usuarios, así como la normativa de evaluación e información derivada de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la normativa europea denominada MIFID por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en cuanto a la operación de canje voluntario efectuado en marzo de 2013 y cuya nulidad también se interesa.

Por su parte la demandada se opone, en primer término, alegando la caducidad de la acción ejercitada por el transcurso del plazo previsto en el artículo 1.301 CC (renunciando al resto de excepciones planteadas en el acto de la Audiencia Previa). En cuanto al fondo del asunto se opone desde la consideración de que el actor fue debidamente informado y conocedor de las características del producto adquirido en el año 2003, percibiendo los rendimientos del mismo con total normalidad hasta el año 2013, en el que debidamente apercibido de los efectos y con cumplimiento de las obligaciones legales de información documentada y evaluación de idoneidad y conveniencia, procedió al canje voluntario de los títulos, habiéndose producido durante toda la relación contractual cumplimiento de su parte de la prestación por la entidad demandada sin que existiese error alguno que determine un vicio en el consentimiento del actor, por todo lo cual, interesa un pronunciamiento íntegramente desestimatorio de las pretensiones de la demanda, con expresa imposición de las costas procesales.



SEGUNDO.- Las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

La reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias - sección 7ª - de 29 de julio de 2013, que a su vez recoge la doctrina de la sentencia de fecha 18 de julio de 2013 de la sección 5ª de la misma Audiencia, realiza un interesante estudio del contrato objeto del presente litigio, que podemos resumir en las siguientes notas características de las participaciones preferentes:

- a) se trata de un instrumento financiero en virtud del cual las entidades de crédito pueden constituir recursos propios, cumpliendo una función financiera de la propia entidad que las emite. De este modo, el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad.
- b) no otorgan a sus titulares derechos políticos.
- c) no atribuyen al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor de duración perpetua.
- d) el pago de la remuneración al inversor está condicionado a la existencia de beneficios por parte de la entidad de crédito emisora.
- e) la liquidación de las participaciones preferentes sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, dado que no cotizan en bolsa.
- f) en caso de liquidación de la entidad emisora el titular de la inversión se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás de todos los acreedores de la entidad, y sólo delante de los accionistas ordinarios.

Las anteriores notas distintivas de este producto de inversión determinan que la Comisión Nacional del Mercado de Valores los haya definido como "instrumentos complejos y de riesgo elevado, pues pueden generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido".

La complejidad de las participaciones preferentes en relación a otros contratos y productos bancarios determina que la entidad bancaria deba ser extremadamente diligente en la emisión y



comercialización de estos productos, especialmente cuando los destinatarios tienen la condición de consumidores. De este modo, el deber de información sobre las características esenciales del producto y sus riesgos constituye una obligación contractual esencial cuya ausencia pudiera determinar la declaración de nulidad.

Resulta exhaustiva la normativa vigente sobre la materia, constituida fundamentalmente por la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 78 bis distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, considerando a los primeros como "aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos". Por su parte, el artículo 79 establece como obligaciones esenciales de los servicios de inversión "la de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo". Asimismo, el artículo 79 bis desarrolla de forma concreta la obligación de información que incumbe a las entidades de servicios de inversión, que se materializa en los puntos siguientes: A) la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. B) la información deberá ser imparcial, clara y no engañosa. C) obligación de proporcionar a los clientes, de manera comprensible, una información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. D) cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los



servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, desarrolla en el artículo 72 la obligación de las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, de obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender la naturaleza de la inversión y sus riesgos, lo que se describe como "evaluación de la idoneidad", estableciendo que *"cuando la entidad no obtenga la información específica no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente, ni gestionar su cartera"*. El artículo 73 regula la denominada "evaluación de la conveniencia", estableciendo que las entidades que presten servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado.

Sin perjuicio de tales consideraciones específicas y la aplicación de la normativa específica de protección de consumidores y usuarios, con carácter general en todo tipo de contratos el consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los mismos y el artículo 1265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1266 del mismo Código que, en lo relativo al error sobre el objeto, señala que: *"Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo"*.

De esta forma, el error se produce cuando la voluntad del contratante se ha formado anormalmente a partir de una creencia inexacta sobre el objeto esencial del contrato. Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio 2000, "debe de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció



empleando una diligencia media o regular" (STS 14 y 18 febrero 1994 y 11 mayo 1998).

TERCERO.- En primer lugar se opone por la demandada la **existencia de caducidad en la acción ejercitada por la actora**, cuestión de fondo cuya resolución ha de efectuarse en sentencia, tal y como se expresó en la audiencia previa.

Así, a la hora de analizar la acción ejercitada por el demandante, hemos de tener en cuenta que en su suplico solicita la nulidad del contrato suscrito, alegando en su escrito de demanda engaño o error en la información que determina el vicio del consentimiento haciendo éste inválido e inexistente, basándose en lo dispuesto en los artículos 1.261 y siguientes del Código civil y 1.300 y siguientes del mismo cuerpo legal. En atención a ello, resulta importante diferenciar la nulidad absoluta o radical de la nulidad relativa o anulabilidad. En este caso, procede considerar que la controversia se suscita en el ámbito de la nulidad relativa o anulabilidad, puesto que cuando hablamos de nulidad absoluta o bien nos referimos a la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC, consentimiento, objeto y causa, lo que algunos autores denominan en sí inexistencia de contrato), o bien, a que el contrato reúne tales elementos esenciales resultando contrario a una norma o ley en donde de forma expresa se declare tal nulidad, o bien se aprecia una ausencia de capacidad en los contratantes que implica una ausencia de consentimiento. Por tanto, en el presente caso ha de examinarse la oposición introducida por la demandada en atención a una posible nulidad relativa o anulabilidad del contrato (regulada legalmente en los arts. 1300 y siguientes de nuestro Código Civil), ya que la parte demandada alega en su contestación que la acción de nulidad invocada de contrario estaría caducada, en base a lo previsto en el art. 1301 CC que prevé un plazo de caducidad de cuatro años, señalando de forma expresa que la acción de nulidad sólo durará cuatro años que habrán de contarse en los casos de error, dolo o falsedad de la causa desde la consumación del contrato.

En ese sentido, podemos afirmar que ya el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de junio de 2003 (que reitera lo expresado en sentencias previas como la de 11 de julio de 1984), nos recuerda cómo el artículo 1.301 del Código Civil establece que, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato. Añadiendo la citada doctrina jurisprudencial



que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Por tanto, el T.S. deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de producir todos los efectos que le son propios (debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas). Por tanto, si bien no puede afirmarse que la consumación del contrato no debe coincidir necesariamente con el abono de las remuneraciones, "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (STS, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), la STS de 21 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en las STS de 5 de mayo de 1983, de 24 de junio de 1897 ó de 20 de febrero de 1928.

En el caso concreto del tipo de producto que nos ocupa, cabe tomar en consideración lo indicado en la Jurisprudencia reciente en materia de caducidad. En primer lugar, que se trata de un plazo de prescripción de la acción, no de caducidad (STS 27 de febrero de 1997), aplicable exclusivamente a la acción de anulabilidad o nulidad relativa, es decir, a la acción ejercitada en relación con los contratos que cumplan los requisitos del art. 1.261 CC (art. 1.300 CC), ya que los contratos afectos de nulidad absoluta, radicalmente inexistentes en derecho, no pueden consolidarse por el transcurso del tiempo (STS 14 de marzo de 2000).

En segundo lugar, sobre qué debe entenderse por "consumación del contrato" se ha pronunciado



reiteradamente la jurisprudencia distinguiendo entre la "perfección" del contrato y su "consumación", que se identifica con el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas de la relación negocial y, tratándose de contratos de tracto sucesivo, con la completa satisfacción de las recíprocas prestaciones. En esta línea, la STS 11 de junio de 2003 resume la doctrina sentada sobre la cuestión: *"En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que 'es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones', y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que 'el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas parte', criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, 'en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...'. Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que 'el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo', y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que 'la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó'". La misma sentencia de 11 de junio de 2003 aclara que tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse en tanto que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil, ya que si la acción solo pudiera ejercitarse "desde" la consumación del contrato nos encontraríamos con el absurdo de que "hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato".*

Es así que nos encontramos ante un contrato de carácter perpetuo (suscripción de participaciones preferentes), en el que la entidad emisora se obliga a



abonar una remuneración siempre que concurren determinadas condiciones, sea hasta el momento fijado en la emisión, sea de manera permanente, luego debe concluirse que el plazo de prescripción solo comenzará a correr cuando el afectado conozca la situación que ha provocado el error, en tanto que al hallarnos ante contratos de duración perpetua, existiendo de forma continuada en el tiempo obligaciones pendientes de cumplimiento, para la determinación del dies a quo del comienzo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción correspondiente, debe acudirse principalmente a lo dispuesto en el art. 1969 CC, y, por lo tanto, fijar el comienzo del plazo desde que se tiene conocimiento de la existencia del error.

En el presente caso, toda vez que en absoluto se ha demostrado que el actor conociera la realidad del producto que adquirirían hasta al menos mediados del año 2012, conforme se acredita con la documental aportada en la demanda y la demás prueba practicada (que determina la información interesada que conduce a una oferta de recompra con canje el 19 de marzo de 2013), es obvio que no puede estimarse que el plazo legal de 4 años haya transcurrido, lo que conlleva, con arreglo a lo expuesto, que procede la desestimación de la excepción de caducidad planteada de contrario.

CUARTO.- Expresado lo anterior, y valorando el fondo del asunto en atención a los reglas de la carga probatoria del artículo 217 LEC, procede un pronunciamiento estimatorio de la pretensión del actor en cuanto a la anulabilidad de los contratos celebrados entre las partes en cuanto a la existencia de un error excusable en el consentimiento prestado por el actor, al hilo de lo previsto en el artículo 1265 y 1266 del Código Civil y de la normativa específica reguladora de la Ley del Mercado de Valores aplicable al caso.

Así, considerando en primer lugar **la operación efectuada en el año 2003**, de la documental aportada por ambas partes (esencialmente documentos 4 y 5ª con la demanda y 3bis a 6 de los aportados con la contestación), puestos en relación con el interrogatorio de D. Ángel y la testifical de D. Rafael Carrión (empleado de la Caja en tal momento y actualmente de Liberbank), resulta acreditado que a D. Ángel se le ofreció el producto objeto de controversia

a sabiendas de su condición de cliente minorista, con un perfil de pequeño ahorrador, sin ninguna experiencia previa en productos de inversión, con ingresos como pensionista en aquel momento y contando con un depósito a plazo fijo en el que tenía invertidos sus ahorros de toda una vida laboral. D. Ángel, en su interrogatorio en presencia judicial, confirma la confianza plena que tenía en la Caja de la que era cliente "de toda la vida", fiándose de las explicaciones orales que el empleado le dio de aquel producto que, desde el principio, tomó como "un plazo fijo", quedándole claro que lo beneficioso del mismo era "que podía sacarlo cuando quisiera" y que recibiría unos intereses, reconociendo que recibía los extractos de la cuenta pero que "ni sabía de qué era". El testigo D. Rafael confirma en su declaración que en las explicaciones que le dio a su cliente "no utilizó la palabra perpetuo" y que en ningún momento se le pasó por la cabeza advertirle de los riesgos de un producto garantizado exclusivamente por la Caja, ya que en el año 2003 "la situación de la Caja era óptima", considerando que en aquel momento era un producto muy demandado con una rentabilidad muy alta. En relación a los documentos informativos aportados, el testigo expresa que la orden de compra y la suscripción no se hicieron en el mismo acto, por lo que el cliente tenía a su disposición información para cancelar la orden de compra en caso de que no le interesase, no negándose por parte de D. Ángel que le aportasen documentos y folleto informativo, si bien afirma que ni los leyó ni los llevó a casa en la confianza plena que tenía con la entidad.

A la vista de lo que queda acreditado, y considerando las obligaciones de información que, respecto de un cliente minorista, tenía la entidad con arreglo a lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores aplicable al caso (en su redacción previa a la reforma operada por la Ley 47/2007) puede considerarse acreditado que la información dispensada no fue lo suficientemente clara, completa y adecuada para que no surgiera un error en el consentimiento de D. Ángel para contratar un producto de carácter complejo, cuyas particularidades y riesgos no le eran conocidos. Error que ha de considerarse esencial (a la vista del desconocimiento de D. Ángel sobre características atinentes al vencimiento, liquidez y seguridad del producto), imputable a la otra parte contratante (que en este punto, y dada la normativa especial en la materia, tenía unas obligaciones específicas de diligencia en la información y asesoramiento de su cliente) y de carácter excusable (en tanto que la experiencia vital de D. Ángel, su formación académica y su condición de pequeño ahorrador

con confianza plena en la entidad en la que deposita sus ahorros desde su juventud, determinan la imposibilidad de evitarlo mediante el empleo de una diligencia media). Es, en consecuencia, por lo que procede la estimación de la demanda en este punto y la declaración de nulidad del contrato de de cuenta de valores celebrado a resultas de la orden de suscripción de 121 títulos de participaciones preferentes firmada el 28 de noviembre de 2003, por la existencia de vicio en el consentimiento, con los efectos legales que de ello se deriva con carácter general de lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil y concordantes.

En atención a la operación de canje voluntario efectuada en marzo de 2013, la aplicación de la normativa europea MIFID a resultas de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007, que modificó el artículo 79bis de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 y cuyo desarrollo se encuentra en el RD. 217/2008, determina la estimación de la nulidad pretendida en este punto. Y ello por cuanto de la documental aportada por ambas partes se deduce que no existió un cumplimiento exacto por parte de la entidad en los deberes de evaluación e información que se derivan de tal normativa en el sentido que establece el artículo art. 72 del Real Decreto 217/2008: "Evaluación de la idoneidad. A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. (...). Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos. c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. (...). Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera".

En el caso presente, no se efectuó al demandante el citado test de idoneidad, aportándose (como documento nº 9 de la contestación) un test de conveniencia previsto en el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero para los supuestos de prestación de servicios que no sean de asesoramiento de inversión, que no es el caso que nos ocupa. Test de conveniencia, por otra parte, consistente en un cuestionario en el que el demandante admite conocer los aspectos necesarios del producto, el comportamiento de las participaciones preferentes así como de las obligaciones necesariamente convertibles. Conforme el art. 73 del RD 217/2008, el test de conveniencia tiene por finalidad que la entidad de crédito pueda valorar si el cliente tiene *"los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado"*, mientras que el test de idoneidad cumple dos objetivos adicionales, primero, determinar si el producto ofrecido responde a los objetivos de la inversión señalados por el cliente y, segundo, si éste puede asumir los riesgos inherentes a dicha inversión (art. 72 RD 217/2008). La diferencia es realmente importante, ya que el test de idoneidad responde a un servicio de asesoramiento que presta la entidad de crédito, por lo tanto, en estos casos, no basta que el cliente conozca la características del producto y sus riesgos, que resulta suficiente para los casos en los que la entidad de inversión ofrece otros servicios (ejecución de ordenes de inversión), sino que es necesario que el producto ofrecido por la entidad se acomode a los objetivos del cliente y que éste pueda asumir sus riesgos, datos sobre los que el cliente ha de ser perfectamente informado para que pueda emitir un consentimiento válido. Además, tras el Test de conveniencia efectuado, el resultado es que el instrumento ofertado para el cliente se califica como "no conveniente". A pesar de lo cual, se lleva a efecto la conversión, sin que la información por escrito que se adjunta como documental pueda considerarse como suficiente a efectos de determinar que D. Ángel, desde su experiencia personal, su perfil de cliente minorista y la calificación del producto como no conveniente para él, tuvo un conocimiento exacto de las implicaciones, riesgos y efectos que para su dinero tenía el canje voluntario ofrecido y cuya nulidad se interesa (vista además la reserva que se plasma en documento aportado como nº6 con la demanda).



QUINTO.- En relación a los **intereses** reclamados, habiéndose determinado la nulidad relativa de la declaración del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito por el actor y de la operación de canje voluntario del que trae causa, procede el deber de restitución por los actores de los rendimientos percibidos, siendo esta una consecuencia legal prevista en el Art 1.303 del Código civil.

En el mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia: *"El art.1303 CC establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses; siendo doctrina jurisprudencial reiterada (STS 23 de noviembre de 2011, 15 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2010 y 22 de mayo de 2006) que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo. 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 establecido."*

Por ello, la entidad bancaria demandada deberá devolver a la parte demandante el importe nominal invertido en participaciones preferentes, tomando en consideración la nulidad declarada del canje efectuado, resultando en la actualidad la cantidad a restituir de 121.000 euros, y en cuanto a los intereses que se han de calcular en ejecución de sentencia, sobre las siguientes bases: sobre el nominal del producto se aplicará, desde la fecha de contratación y hasta la fecha de esta sentencia, un interés equivalente al tipo de interés legal del dinero, y desde esta sentencia se aplicará el régimen general del art. 576 LEC hasta efectivo pago.

La cantidad obtenida bajo estos criterios se compensará con los intereses ya percibidos por parte de la demandante a determinar ello igualmente en ejecución de sentencia en función de los rendimientos aportados como documento nº5 con la contestación.

SEXTO.- En materia de costas, dada la estimación de las pretensiones del actor, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 394.1 LEC y, en consecuencia, procede su imposición a la demandada.



Si bien debe recordarse que, aunque en esta resolución se estima la alegación efectuada por el demandado en su escrito de contestación de reintegración de los rendimientos percibidos por la actora, los términos del suplico de la demanda se han acogido de forma sustancial, entendiéndose que la retribución de los intereses percibidos se estima en base a la consecuencia inherente de declaración de nulidad acordada en esta resolución, por lo que nos hallaríamos en todo caso ante una estimación sustancial de la demanda interpuesta, por lo que se imponen las costas causadas a la parte demandada. Así se prevé por la jurisprudencia cuando establece que *"El pronunciamiento en materia de costas, imperativo en toda decisión judicial, obedece, según es sabido, al designio de evitar que el litigante sufra un menoscabo patrimonial añadido a la defensa procesal de su derecho, lo que enlaza directamente con el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial, tal como se encarga de recordar el recurrente, con abundante cita jurisprudencial. Es de sobra conocido que de los diferentes sistemas posibles para su imposición, la ley procesal vigente opta por el del vencimiento objetivo con carácter general: desestimadas las pretensiones de una parte, ésta será condenada en costas. Pese a ello, elementales criterios de justicia obligan a dotar de flexibilidad al sistema, por lo que la norma también prevé que no se impondrán las costas al litigante vencido cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho (criterio que precisa las "circunstancias excepcionales" a que aludía la legislación previgente). De otra parte, resulta necesario realizar dicha valoración desde el punto de vista del actor en el momento de iniciar el proceso, atendiendo, además, al grado de diligencia que, en consideración a su decisión de ponerlo en marcha, resultaba en cada caso exigible. Estos criterios, plasmados en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se han completado con argumentos basados en la equidad, existiendo un consenso general en la posibilidad de aplicar también la regla del vencimiento pese a que la estimación de las pretensiones del actor no sea íntegra y sí solamente "sustancial" (SSTS 18.12.00, 14.9.07 y 25.3.08). De esta forma, cuando lo concedido se corresponde prácticamente con el contenido de la tutela solicitada, y la diferencia es puramente de orden cuantitativo, o afecta tan sólo a pretensiones de contenido accesorio o de escasa entidad, la regla del vencimiento objetivo debe mantener su vigencia. Se comprenderá que la cuestión es esencialmente valorativa y requerirá la atención de las circunstancias particulares de cada caso concreto"*.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,



FALLO

Que debo ESTIMAR la demanda interpuesta por la representación procesal de D. ÁNGEL VARONA RUIZ contra la demandada expresada en el encabezamiento de la presente resolución, y en consecuencia, procede declarar la NULIDAD del contrato de Cuenta de Valores 0800021884 de la Orden de Suscripción de Valores de 28 de noviembre de 2003 sobre "PREFERENTES CANTABRIA PREFERENTES S.A. SERIE 1" e igualmente la doble operación perfeccionada entre las partes el 19 de marzo de 2013, así como la CONDENA a LIBERBANK, S.A. a reintegrar al actor la cantidad de ciento veintiún mil euros (121.000 euros) más los intereses pertinentes que se han de determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases previstas en el fundamento jurídico quinto de la presente resolución. La cantidad obtenida bajo estos criterios se COMPENSARÁ con los intereses ya percibidos por parte del actor a determinar ello igualmente en ejecución de sentencia, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, ante este Tribunal, por escrito y dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el siguiente a su notificación.

La admisión de dicho recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANESTO nº 3852000004017013 con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Juez



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo./a Sr/a. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.