

**Juzgado de Primera Instancia núm. 1.****Sentencia núm. 8/2013 de 14 enero**[JUR\2013\38998](#)

CONTRATOS BANCARIOS: CONTRATO DE ADQUISICION DE PARTICIPACIONES PREFERENTES: NULIDAD: procedencia: error en el consentimiento: cliente minorista: producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario: falta de acreditación de que se efectuara la información necesaria, clara y comprensible que permitiera tener el conocimiento preciso sobre el producto complejo y arriesgado que adquiriría, sin alusión alguna a sus características, riesgos, plazos y posibilidad de cancelación: ocultación dolosa por la entidad bancaria: efectos.

Jurisdicción: Civil

Procedimiento núm. 70/2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. raquel garcía hernández

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santoña estima la demanda.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E Proc.: PROCEDIMIENTO INSTRUCCIÓN Nº 1 ORDINARIO

Plaza de la villa

Santoña Nº: 0000070/2012

Teléfono: 942660249 NIG: 3907941120120000140

Fax.: 942662489 Materia: Obligaciones

Modelo: TX019 Resolución: Sentencia 000008/2013

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

Anselmo

BANCO DE SANTANDER S.A.

Procurador:

BEATRIZ GARCÍA UNZUETA

MARÍA SOLEDAD MAZAS REYES

SENTENCIA nº 000008/2013

En Santoña, a catorce de enero de dos mil trece

Doña Raquel García Hernández, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santoña, habiendo conocido los presentes autos de Juicio Ordinario nº 70/2012, seguidos en este Juzgado, entre partes, como demandante, DON Anselmo , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz García Unzueta, y bajo la dirección letrada de don Miguel Trueba Arguiñarena, y como demandada, la entidad BANCO SANTANDER, S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales doña Soledad

Mazas Reyes, y bajo la dirección letrada de don Luis Sánchez Aramburu, sobre nulidad de contrato, subsidiariamente resolución contractual y reclamación de cantidad, ha dictado la presente resolución basada en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz García Unzueta, en nombre y representación de DON Anselmo , se presentó ante este Juzgado escrito de demanda de Juicio Ordinario, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba solicitando que se dicte Sentencia en los términos especificados en su suplico con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado de la misma y emplazar a la parte demandada para su contestación, compareciendo la Procuradora de los Tribunales doña Soledad Mazas Reyes , quien, en nombre y representación de la entidad BANCO SANTANDER S.A. presentó escrito de contestación, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba solicitando que se dicte sentencia que resuelva desestimar las pretensiones deducidas por la actora, y con expresa imposición de costas a la actora.

TERCERO.-Celebrado el acto de la Audiencia Previa sin que las partes hubieren llegado a un acuerdo, por la entidad actora se propuso el interrogatorio de la parte demandada, testifical de don Leonardo y don Ovidio , pericial judicial y prueba documental; por la parte demandada se propuso como prueba el interrogatorio de la parte demandante, prueba testifical de don Samuel y don Ovidio y prueba documental. Las pruebas propuestas y admitidas fueron practicadas en el acto del Juicio Ordinario con el resultado que consta en autos. Tras las conclusiones de las partes, los autos quedaron pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Por la parte actora DON Anselmo , quien actúa en nombre propio y en beneficio de la sociedad conyugal que conforma con su esposa, doña Coro , se ejercita con carácter principal la acción de nulidad contractual y subsidiariamente la acción de resolución contractual frente a la entidad demandada en reclamación de la cantidad de 100.000 euros en concepto de principal más los intereses legales correspondientes con fundamento en los siguientes hechos:

1.-DON Anselmo , jubilado como jefe de producción de la entidad Frigoríficos de Santoña, S.A. y su mujer, doña Coro , ama de casa, han sido clientes a lo largo de toda su vida del BANCO SANTANDER, invirtiendo sus ahorros en productos de renta fija. El 17 de enero de 2005 suscribieron con la mencionada entidad un contrato tipo de depósito o administración de valores (doc. nº 2) en el que invirtieron sus ahorros de 96.000 euros al 2,14 de interés.

En junio por parte de la entidad demandada y a través de don Samuel , director de la sucursal bancaria en Santoña por aquellas fechas se le ofreció un producto con mayor rentabilidad que los anteriores contratados (FONDTESORO y FIAMM) y con la posibilidad de recuperar el dinero en un plazo de dos-tres días. Así, se le ofreció comprar participaciones preferentes de Unión Fenosa por un importe de 100.000 euros (dos participaciones a 50.000 euros cada una de ellas).

Para la tramitación de ese nuevo contrato el banco, a través de su director, le suministró información relativa a la mayor rentabilidad que ofrecía este producto frente a los anteriores, incorporando a los 96.000 euros invertidos en el depósito suscrito en enero de 2005 otros 4.000 euros procedentes de su cuenta corriente.

Sobre la base de la información recibida y en la creencia de que era un plazo fijo lo que estaba contratando y que en cualquier momento podría recuperar su dinero mediante la venta de las participaciones que adquiriría, el 15 de junio de 2005 formalizó el contrato de adquisición de las participaciones preferentes ofrecidas por la entidad bancaria (doc. nº 3). A pesar de la constancia en el documento del nombre de la esposa del actor, titular junto con su esposo del capital invertido, en ningún momento ésta acudió a la oficina bancaria a suscribir el nuevo contrato por lo que ninguna información del producto adquirido percibió.

En el año 2007 el actor por razones de fiscalidad solicitó a la entidad bancaria el cambio en la titularidad conjunta de aquellas participaciones para que fueran exclusivamente suyas, lo que se materializó mediante la pertinente orden de venta, suscripción y contrato de compra de las participaciones preferentes. Estas operaciones se materializaron el 18 de mayo de 2007 mediante las

gestiones del empleado del banco don Ovidio (doc. nº 4), nuevamente sin la presencia de su esposa, titular conjunta de las participaciones que se le transmitían ahora en exclusiva al actor.

En octubre de 2008, por circunstancias familiares, el actor decidió recuperar el dinero invertido en aquellas participaciones, para lo que se dirigió a la oficina del banco en Santoña donde le dijeron que ese momento no era bueno para la venta pretendida ante falta de liquidez dada la coyuntura económica. Fue en ese momento cuando se le informó de las peculiaridades que revestía el producto que años atrás adquirió en tanto que esas participaciones adquiridas lo eran a perpetuidad y con condiciones específicas para la recuperación de su inversión, mediante la venta a un tercero de la inversión sometida a las condiciones existentes en el mercado secundario, donde cotizaban aquellas participaciones adquiridas.

Obtenida esa información, el actor se asesoró por su cuenta sobre aquel producto teniendo conocimiento a través de un familiar de que aquellas participaciones cotizaban en la Bolsa de Luxemburgo. Todas estas circunstancias acrecentaron la desconfianza en el producto contratado por parte del actor quien finalmente a fecha de 9 de enero de 2009 dio orden de venta de las participaciones preferentes, mediante documento suscrito conjuntamente con el director de la oficina de Santoña.

Dicha operación no se efectuó hasta tres meses después, siendo el 22 de abril de 2009 cuando se tramita la orden de venta al 100% de las participaciones.

Ante la frustración por la nula información que el banco le facilitó al actor sobre el producto adquirido, sus riesgos aparejados y la dificultad de desprenderse de aquel dado su carácter de adquisición a perpetuidad, DON Anselmo envió una carta en octubre de 2009 al presidente del Banco Santander manifestando su impotencia ante la situación que estaba viviendo y solicitando su intermediación para la recuperación de su inversión.

En respuesta a su carta, el director del Servicio de Atención al Cliente le ofreció en respuesta a su solicitud la concesión de un préstamo.

Ante la situación que estaba atravesando DON Anselmo, decidió llevar a cabo sendas reclamaciones ante la CNMV y el Banco de España el 22 de enero y 8 de febrero de 2010 que fueron tramitadas conjuntamente por la CNMV en el expediente R/0126/2010 en el que constan las alegaciones que al respecto realizó el BANCO DE SANTANDER en las que manifiesta que el personal de la oficina informó verbalmente de las características del producto, entregando a los clientes un folleto de emisión, conociendo los riesgos derivados de ésta.

El 21 de enero de 2011 por la Comisión Nacional del Mercado de Valores se emitió informe en el expediente de referencia en cuyas conclusiones expone literalmente:

-

No ha quedado acreditado que BS dispusiera de información sobre los clientes que le permitiera la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo de los mismos, y en su caso, la realización de las advertencias adecuadas.

-

No ha quedado acreditada que existiera una gestión adecuada de su orden de venta de las participaciones preferentes.

Conocido el informe anterior, DON Anselmo nuevamente requirió al BANCO SANTANDER la adopción de las medidas necesarias para la devolución del capital invertido en las participaciones preferentes, obteniendo una nueva respuesta negativa por parte de la entidad bancaria al considerar que las operaciones realizadas se hallaban debidamente cumplimentadas y autorizadas.

Al amparo de los hechos expuestos solicita el actor la tutela judicial de sus derechos e intereses ante la conducta observada por la entidad demandada en la tramitación y gestión del producto financiero adquirido solicitando en el suplico de su demanda, con carácter principal, la declaración de nulidad de los contratos suscritos a fecha de 15 de junio de 2005 y 18 de mayo de 2007 por la existencia de un error por vicio en el consentimiento como consecuencia de la conducta observada por BANCO SANTANDER contraria a sus obligaciones legales, al no proporcionarle la información clara y precisa respecto al producto contratado y sin haber recabado la información necesaria para conocer el perfil, experiencia inversora objetivos y finalidad pretendida por el actor y su esposa, condenando a la parte demandada a la restitución del principal invertido que alcanza los 100.000 euros más los intereses legales desde el 15 de junio de 2005, fecha de la formalización del contrato hasta la sentencia.

De la cantidad resultante se deduzca la cantidad percibida por el actor en concepto de intereses y que

se liquide en ejecución de sentencia.

Subsidiariamente se insta la declaración de resolución contractual, condenando a la entidad bancaria a abonar al actor en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 100.000 euros más sus intereses legales desde el 15 de junio de 2005, deduciendo la cantidad percibida en concepto de intereses.

Frente a la pretensión de la parte actora, se alza la parte demandada aludiendo al grado de conocimiento financiero que ostenta el actor quien ha contratado numerosos productos financieros con la entidad. Igualmente afirma la existencia de la previa información que obtuvo el cliente sobre las características del producto financiero adquirido como se desprende de los documentos que le fueron entregados en los que se hace constar las características del producto y los riesgos inherentes al mismo.

Concluye la demandada señalando que la verdadera cuestión que ha llevado al demandante a la recuperación de su dinero resulta del hecho de que el valor liquidativo a precio de mercado es inferior por la evolución desfavorable de los mercados financieros. Además, reconoce la posibilidad de su venta en el mercado secundario ahora mismo, en todo caso sometido al rigor de los mercados, equiparando de este modo la posición del actor con la de cualquier accionista que haya comprado acciones en una compañía que cotice en bolsa.

La parte demandada afirma la concurrencia de la esposa del actor en la contratación de los productos, como se desprende de la existencia de ambas firmas en los documentos aportados con su contestación.

En base a lo anterior solicita una desestimación íntegra de la demanda.

SEGUNDO

Con carácter previo corresponde analizar la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes y normativa aplicable

Una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones. Esta situación está reconocida en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012).

El Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España).

Desgranando la anterior definición se desprende que las participaciones preferentes son valores emitidos por alguna sociedad, a través de las cuales no confieren participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto.

Por otra parte, estas participaciones tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada. De esta manera, se determinan como instrumentos de riesgo elevado.

Estamos frente a un producto híbrido entre la renta fija y variable, porque no es deuda exigible por carecer de vencimiento, pero tampoco se pueden considerar acciones dado que no otorgan derechos políticos.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma en el portal del inversor de su página web que "se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido"

El profesor de Derecho Mercantil Alonso Espinosa sostiene que la consideración de la participación preferente desde los intereses típicos inherentes a todo acto de inversión -que reporte razonables niveles de seguridad, rentabilidad y liquidez-, revela que puede que se trate del peor de los valores negociables regulados en el panorama español. Especialmente si se considera que:

Su régimen o sistema de rentabilidad no es el de una deuda en sentido propio porque su devengo está legalmente supeditado a los resultados del emisor, e incluso su pago puede depender de la decisión del órgano de administración de éste.

Su liquidez queda eliminada ipso facto ante situaciones que determinen la desactivación de su sistema de rentabilidad.

Su seguridad (como posibilidad real de recuperación de la inversión) depende su nivel de liquidez bajo condiciones de normalidad y regularidad en el pago de su sistema de rentabilidad o en su caso de la existencia de remanente patrimonial suficiente para atender su pago una vez pagada la totalidad de los créditos de los acreedores del emisor.

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

La problemática que se plantea en la actualidad no es tanto su carácter complejo sino la forma en que ha sido comercializado por las entidades de crédito. La mayoría han colocado una importante parte de sus participaciones preferentes entre sus clientes minoristas, que tenían sus ahorros asegurados en depósitos a plazo fijo de la propia entidad y los han visto transformados en instrumentos híbridos de alto riesgo, desconociendo muchos de ellos la inversión que se les ofrecía. En muchos supuestos el cliente no ha recibido la información necesaria que le permitiese comprender el tipo y características esenciales de la inversión que realizaba, ni se le garantizaba la seguridad del producto ni su disponibilidad.

La problemática que se ha planteado en torno a esta figura no deriva de la naturaleza del producto, sino en la forma en que se ha comercializado.

En cuanto a la normativa aplicable a la figura analizada, a nivel comunitario la regulación se realiza en la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009. La Directiva no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora.

La participación preferente se regula en la Disposición Adicional de la [Ley 13/1985, de 25 de mayo \(RCL 1985, 1216\)](#), de Coeficientes de inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, que fue introducida por la [Ley 19/2003 de 4 de julio \(RCL 2003, 1708\)](#). La normativa vigente tras la [Ley 6/2011 \(RCL 2011, 692\)](#) por la que se modifican la [Ley 13/1985, de 25 de mayo \(RCL 1985, 1216\)](#), de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la [Ley 24/1988, de 28 de julio \(RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781\)](#), del Mercado de Valores y el [Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio \(RCL 1986, 2109\)](#), sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, fija los rasgos básicos de las participaciones preferentes.

TERCERO

Para poder determinar la supuesta causa de nulidad alegada con carácter principal por la parte actora, debemos analizar las conversaciones precontractuales llevadas a cabo y que desembocaron en la suscripción de las participaciones preferentes, que pudieron determinar la existencia de una omisión de la información precisada por el actor antes de su contratación.

De la prueba practicada en el acto de la vista ha quedado acreditado que existió efectivamente en la suscripción del contrato de adquisición de las participaciones preferentes de UNIÓN FENOSA un error invalidante del consentimiento por parte del actor. Consta acreditado que DON Anselmo, de 70 años de edad, actualmente jubilado de la empresa Frigoríficos Santoña de la que era jefe de producción, cursó estudios hasta el bachillerato, época en la que fraguó amistad con compañeros que luego fueron empleados de la sucursal que el Banco Santander tiene en Santoña, su banco de toda la vida, como él mismo ha manifestado. Reconoce que sus ingresos se deben a toda una vida dedicada al trabajo, habiendo suscrito con el banco lo que denominó "plazos fijos" e incluso fondos de inversión (FONDTESORO y FIAMM) a raíz de una herencia que recibió y siempre asesorado por el propio banco ya que él desconocía que tipo de productos podían ser los más adecuados para la rentabilidad de sus ahorros. De hecho no consta que con anterioridad a la suscripción de las participaciones preferentes invirtiera en productos de riesgo, lo que avaló el director de la oficina, el señor Samuel, quien tras calificar al actor como un "pequeño ahorrador" señala que fue él mismo quien le llamó para informarle sobre las participaciones de Unión Fenosa porque el demandante estaba interesado en obtener un mayor tipo de interés para sus ingresos. La información que le dio versó sobre los tipos de interés, entregándole un folleto informativo y manifestándole que el Banco podía recuperar el producto de inmediato sin que se

valorara la situación del demandante al no ser necesario en aquella época, ya que la legislación que así lo impone es de fecha posterior. Nada le dijo sobre la naturaleza perpetua que tenía el producto porque constaba en el folleto que, al parecer, se le entregó. Tampoco le informó que cotizaba en la Bolsa de Luxemburgo. A preguntas del letrado de la parte actora sobre si conocía el producto que ofertaba contestó que "más o menos". Concluyó declarando que se quedó con la sensación de que el actor entendía el funcionamiento de aquellas participaciones que adquiría.

El señor Samuel afirma que no recuerda que la mujer del actor, doña Coro acudiera a la oficina durante la tramitación de la suscripción de las dos participaciones preferentes adquiridas por el matrimonio.

Por parte del actor se sostiene que cuando firmó las preferentes creyó que era un plazo fijo, pensó que cambiaba un fondo por otro y con la posibilidad de recuperar en pocos días su inversión. Añade que solo tenía un sueldo y ese dinero constituía sus únicos ahorros que necesitaba tenerlos a la vista, nadie le informó del riesgo que tenía ese producto ni de que cotizaba en Bolsa ni menos aún de su carácter perpetuo. Añade que no tiene ni idea de lo que son "participaciones preferentes" ni los "fondos de inversión". Reconoce su firma en la orden de suscripción de las participaciones preferentes fechado el 16 de junio de 2005 (doc. nº 3 de la contestación), sin embargo señala que no recibió ningún tríptico con información sobre el producto.

La parte demandada rechaza la omisión de información alegada de contrario sobre la base los documentos presentados junto a su contestación a la demanda. Sostiene esta parte que el documento nº 2 es el original en el que DON Anselmo junto a su esposa suscribieron la adquisición de las participaciones preferentes de UNIÓN FENOSA. Analizando el mencionado documento puede apreciarse a simple vista que se trata de "contrato-tipo de depósito o administración de valores" en el que no existe referencia alguna al producto referido y sus condiciones que consta realizado el día 21 de marzo de 2005. Junto al anterior se aporta la orden de suscripción de las participaciones preferentes (doc. nº 3) por parte de DON Anselmo , donde consta que "El ordenante manifiesta tener a su disposición y haber leído, antes de la firma de esta orden, el tríptico resumen del folleto de admisión a cotización con las características de las participaciones preferentes del emisor. El ordenante manifiesta igualmente conocer los principales riesgos de la emisión, recogidos en el mencionado tríptico- resumen" Tras lo cual consta la firma del actor fechado el día 16 de junio de 2005.

A esa misma conclusión llega la parte demandada aportando su doc. nº 4 en el que consta firmado, sin fecha, un manifiesto por parte del actor

"tras haber sido informado en la sucursal nº 5411 de las características y riesgos del producto
(en blanco)

. He decidido proceder una vez hecho mi propio análisis, a suscribirlo por importe de 100.000 euros.

Los argumentos en los que se basa la parte demandada para sostener la correcta información que debió precisar el actor deben ser rechazados. Con carácter previo debe rechazarse la afirmación que sostiene esta parte de que el contrato se formalizó a nombre del actor y su esposa en tanto que no puede pasarse por alto el resultado de la prueba pericial caligráfica realizada por el perito calígrafo don Jose Enrique , que se le practicó a doña Coro , en cuya conclusión final manifiesta que la firma que consta como suya en ese documento "

no es de puño y letra de doña Coro ".

Lo anterior, unido a lo manifestado por el director como los empleados que declararon en el acto de la vista que no recuerdan que doña Coro acudirá al banco a realizar aquella gestión, permiten concluir que fue nula la información que se le realizó a la esposa. Al margen de lo anterior, y considerando que el actor pudiera actuar en nombre y beneficio de la sociedad de gananciales que constituye junto con su esposa corresponde analizar la información que éste recibió. No puede estimarse probado que a la luz del contenido que reflejan los documentos nº 2, 3 y 4 se estime cumplido el deber de información que corresponde a la entidad bancaria sobre la base de una previa entrega de un tríptico que explicaba los pormenores de un producto financiero de alto riesgo como son las participaciones preferentes. El tan mencionado tríptico no ha sido aportado por ninguna de las partes de este proceso, a pesar de que la parte demandada sostiene que se lo entregó al cliente, prueba que por ser de exclusiva incumbencia de la parte que lo alega como fuente de su interés, corresponde a la demandada ([artículo 217 LEC \(RCL 2000. 34 . 962 y RCL 2001. 1892 \)](#))

En relación a la carga de la prueba sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, como es el caso que nos ocupa, debe tenerse presente la STS de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que "la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes" y en segundo

lugar la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo que resulta lógico desde la perspectiva de los clientes en tanto que para ellos se trataría de probar un hecho negativo como es probar la ausencia de dicha información.

Cuanto menos llama la atención de esta juzgadora que DON Anselmo fuera calificado por el director de la oficina primeramente como un pequeño ahorrador y sorpresivamente al final de su declaración como "persona de alta cultura financiera". También la contestación de la demanda considera al actor como una persona que conocía el funcionamiento y la evolución de los mercados por los productos anteriormente contratados (operaciones de perfil netamente conservador y no especulador), conclusiones que no pueden ser compartidas por quien suscribe. Así, ha resultado acreditado que la parte actora ha de ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando la condición de consumidor, merecedor por tanto de la máxima protección, sin que el hecho de que hubiera realizado con anterioridad diversas operaciones financieras con diversos importes varíe dicha conclusión en tanto que esta circunstancia no implica que DON Anselmo tuviera acceso a la información tan compleja que conlleva la suscripción de las participaciones preferentes, ni tampoco a la adquisición de otros valores cotizables en Bolsa. En este sentido cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes, como se ha puesto de manifiesto en el anterior Fundamento de Derecho, constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión, para proceder a su venta, lo que correlativamente incrementa la obligación exigible al Banco sobre las vicisitudes que pueden rodear la inversión.

El artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El [Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo \(RCL 1993, 1560\)](#), concretó aún más la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la Inversión (artículo del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (artículo 5.3). Dicho Real Decreto, vigente en la fecha de suscripción del contrato litigioso, fue derogado por la [Ley 47/2007 de 19 de diciembre \(RCL 2007, 2302\)](#), por la que se modifica la [Ley del Mercado de Valores \(RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781\)](#), que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros ([artículo 78 bis](#) de la LMV); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis en el mismo cuerpo legal regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (artículo 79, bis núm. 3, 4 y 7).

Asimismo el [artículo 48.2](#) de la [Ley 26/1988 de 29 de julio \(RCL 1988, 1656 y RCL 1989, 1782\)](#) de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito menciona que los contratos entre las entidades de crédito y su clientela se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación (...).

Actualmente ese deber de información ha proliferado en los diferentes cuerpos legales encontrando referencias expresas en el [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\)](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias en sus artículos 8d), 18.2, 60, 63 y

65.

CUARTO

Aplicando la normativa de referencia sobre la documental aportada por la parte demandada en modo alguno puede inferirse que se efectuara la información necesaria, clara y comprensible que permitiera a

DON Anselmo tener el conocimiento preciso sobre el producto complejo y arriesgado que adquiriría. Y ello porque aquellos documentos (doc. nº 3 de la demanda y doc. 5 de la contestación) no reflejan más que un contrato-tipo formulado por la entidad bancaria demandada con una mera referencia al tipo de producto que se estaba ofreciendo, sin alusión alguna a sus características, riesgos, plazos, posibilidad de cancelación, y sin constancia alguna de la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo del cliente, donde la intervención del actor se ha limitado a plasmar su firma. Además los documentos que sirven a la parte demandada para justificar el cumplimiento de su deber de información (doc. nº 3 y 4 de la contestación) son meros formularios firmados por DON Anselmo a la recepción de la información suministrada acerca del producto contratado; No obstante, de su lectura no se desprende en modo alguno que dicha información resultara suficiente y detallada sino que por el contrario se emplean expresiones genéricas tales como "Tras haber sido informado de las características y riesgos del producto (cuya denominación consta en blanco), he decidido proceder, una vez hecho mi propio análisis, a suscribirlo por importe de 100.000 euros. Expresiones que dejan en entredicho la información que hubo de facilitar el banco a su cliente antes de alcanzar la perfección contractual.

A todo ello hay que añadir que la información verbal que le fue facilitada al cliente en la sucursal bancaria ha resultado a todas luces insuficiente, en tanto que como señaló el propio director de la oficina "más

o menos" sabía cómo funcionaba el producto que estaba ofreciendo y que se quedó con la sensación de que el cliente lo entendía, a pesar de que en ningún momento le advirtió de su carácter perpetuo, ni de su participación en mercados secundarios, ni mucho menos de las vicisitudes que rodean la recuperación de aquella inversión.

Esta ausencia de la debida información ya fue apreciada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el informe que cerró el expediente incoado a instancia del actor. Dicho informe (doc. nº 17 de la demanda) sostiene que "

No ha quedado acreditado que BS dispusiera de información sobre los clientes que le permitiera la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo de los mismos, y en su caso, la realización de las advertencias adecuadas".

De lo anterior resulta acreditado que existió efectivamente en la suscripción del contrato de adquisición de las participaciones preferentes de UNIÓN FENOSA un error invalidante del consentimiento sufrido por la parte actora, cuya génesis radica en la confianza que depositó en la entidad bancaria, a través de la información sesgada, inadecuada e incompleta que le fue facilitada, ya que en principio las características que le fueron expuestas cumplían la exigencia de garantía del capital y suponían una mejora respecto de los anteriores productos contratados. La iniciativa para formalizar el contrato objeto de la presente litis fue iniciativa del propio banco, al saber que el cliente estaba interesado en obtener una mayor rentabilidad a sus ahorros. Única y exclusivamente, sin valorar ninguna otra circunstancia. No consta ni el alcance ni la exhaustividad de la información facilitada que debió ser efectuada en ningún modo de forma genérica, ni con base simplemente en los formularios que figuran firmados por DON Anselmo, sino en atención a la concreta situación y necesidades del cliente, sobre todo en relación a la cifra objeto de inversión en tanto que constituía sus ahorros de toda su vida de los que se ha visto privado hasta el momento dadas las trabas que el producto contratado impone para su completa recuperación, desconocidas para el cliente y de las que no fue debidamente informado en ese momento inicial sino casi cuatro años más tarde (octubre de 2008) cuando pretendió recuperar su inversión siéndole entonces explicado el carácter perpetuo de aquella adquisición y de las peculiaridades de su venta circunstancias desconocidas hasta el momento por aquél, originando el comienzo de un auténtico peregrinaje para la recuperación de sus ahorros, que llega a día de hoy, y que le llevó a remitir una carta escrita por su puño y letra al presidente de la entidad bancaria (documento nº 9 de la demanda) y que fue contestada por el servicio de atención al cliente del BANCO DE SANTANDER en la se manifestaba que lamentaban no poder ser de mayor utilidad al no aceptar el cliente la alternativa que le ofrecía el director de su oficina (concesión de un préstamo), hasta plantear reclamaciones al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, entidad esta última que tras la valoración de las alegaciones de DON Anselmo y del BANCO DE SANTANDER indicaba en su informe final de contestación a reclamación (doc. nº 17 de la demanda) tras señalar la necesidad de llevar a cabo con carácter previo, una

identificación de la situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión del cliente...para contrastar que las características del producto comercializado podían ajustarse a las expectativas de su potencial adquirente,

añade que

el producto en cuestión incorporaba unos riesgos, que a priori y ante la ausencia de acreditación de que el inversor contara con experiencia previa en inversiones con productos de inversión de características

similares, habrían exigido una valoración específica de las características del cliente.

Conforme a su Manual de procedimientos para la comercialización minorista de productos financieros el BS atribuyó a esta emisión de participaciones preferentes la condición de "producto amarillo" en su escala de riesgo, por lo que entendemos que solo podía ser ofrecido a clientes que se ajustaran a ese nivel de tolerancia al riesgo, y en su caso, podría ser suscrito por clientes minoristas de perfil de riesgo inferior, siempre que se le advirtiese expresamente de ello.

Continúa señalando que ninguna de las partes ha aportado evidencia alguna de que BS hubiera procedido a determinar el perfil del cliente, ni de que se le hubiera advertido de forma expresa del resultado del mismo, y en su caso de que estaba contratando un producto con un nivel de riesgo potencialmente superior al que resultaba de su grado de aversión al mismo.

Asimismo alude el informe a la necesidad de que la información que se le suministre al cliente que adquiere este complejo producto sea clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo.

El propio informe, tras valorar los dos documentos suscritos por el actor según los cuales conocía el tríptico resumen con las características del producto, presume que la entidad satisfizo sus obligaciones de entrega de información al cliente. Presunción que no puede compartir esta juzgadora al amparo de toda la prueba practicada en el acto del juicio en el que se ha puesto de manifiesto que la única información recibida por DON Anselmo fue la que verbalmente le transmitió el director de su oficina, con las omisiones más que evidentes que han quedado acreditadas a la vista de las declaraciones emitidas por éste.

Las conclusiones que cierran el informe analizado son plenamente compartidas quien suscribe en tanto que "

No ha quedado acreditado que BS dispusiera de información sobre los clientes que le permitiera la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo de los mismos, y en su caso, la realización de las advertencias adecuadas.

No ha quedado acreditada que existiera una gestión adecuada de su orden de venta de las participaciones preferentes."

QUINTO

Para concluir, en el caso que nos ocupa, es evidente la complejidad del contrato formalizado por las partes no solo por su funcionamiento sino porque el complejo conocimiento de su real alcance exige disponer de información precisa acerca de los mecanismos y evolución previsible de los mercados financieros. Y esa información precisa es la que no ha existido o al menos no ha quedado probada en este concreto caso. Del análisis de la prueba practicada se desprende que esa información facilitada a la parte contratante por el BANCO DE SANTANDER fue a todas luces inadecuada e insuficiente constituyéndose en una ocultación dolosa determinante de un error invalidante del consentimiento, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1265 (

será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo

) y 1266 (

para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo)

del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) .

Conviene traer a colación lo dispuesto en la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santander, en la que en un supuesto similar concluía que el error en el que el actor incurrió supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. Más no todo error o ignorancia de circunstancias servirá para anular el contrato; debe exigirse que sea suficientemente importante, relevante y que no sea imputable a la negligencia de quien lo sufre (excusabilidad).

Del mismo modo que señala la anterior Sentencia, en el presente caso, debe considerarse que el error fue esencial

, puesto que afecta a las obligaciones principales del contrato y a la característica del alto riesgo del mismo, sustancial

, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, derivada de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrataba y, sobre todo, del riesgo que asumía; y excusable

pues confió el actor en la palabra de un empleado bancario sin ser consciente de los altos riesgos de un contrato complejo del que no recibió -o no se ha probado que recibiera-la necesaria información para ponderar sus riesgos y decantarse conscientemente sobre sus contratación.

Concluye la mencionada sentencia aludiendo a la SAP de Cantabria de 25 de octubre de 2012, plenamente aplicable a este asunto, en la que se refleja que cuando un contrato es complejo y presenta importantes riesgos económicos para el cliente contratante, el deber de buena fe en la información en todas las fases de desarrollo del negocio, se acrecienta, pues la deslealtad de una parte no se evapora por la actitud -en ocasiones ingenua, casi siempre confiada-del afectado.

En consonancia con lo anterior, al concurrir en el contrato celebrado por las partes litigantes la existencia de un error invalidante del consentimiento, procede declarar la nulidad de las órdenes de adquisición de valores, Participaciones Preferentes de UNION FENOSA, S.A., contrato suscrito entre las partes el 15 de junio de 2005.

SEXTO

La estimación de la pretensión ejercitada con carácter principal, esto es la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito el 15 de junio de 2005, conlleva la nulidad del contrato suscrito posteriormente en fecha 18 de mayo de 2007 (doc. nº 4 de la demanda) por el que se transmitieron las participaciones preferentes que inicialmente pertenecieron a ambos cónyuges en favor de DON Anselmo . A dicha conclusión se llega teniendo en cuenta que sin el primer contrato de adquisición no se hubiera celebrado este segundo contrato por el que el matrimonio decidió llevar a cabo la transmisión por medio de compraventa de las participaciones preferentes. Además hay que resaltar que a la hora de llevar a cabo esa operación de venta de las participaciones tampoco se recibió información alguna por parte de la entidad bancaria, así lo ha resaltado el empleado que gestionó la transmisión, don Ovidio , quien aparte de mencionar que no conoce a la esposa de DON Anselmo , señala que conoció de la existencia de la operación financiera cuando se le comunicó que el matrimonio quería cambiar la titularidad de aquellas participaciones y cree que no se le dio ningún tipo de documentación al respecto. Por lo que volvemos a estar en presencia de una nula información al cliente acerca de las características del producto que ahora adquiriría en exclusiva, sin que le mencionaran el carácter perpetuo y las peculiaridades de su transmisión. Circunstancia ésta que incrementó, sin duda alguna, la creencia por parte del cliente de que efectivamente el producto que tenía en sus manos era un depósito similar a los contratados por él con anterioridad.

Dado que este segundo contrato procede del precedente contrato nulo en su integridad y sin que haya constancia acreditada de que se celebrara cumpliendo la diligencia y transparencia en la información que precisaba el cliente, hemos de considerar nuevamente la existencia en la voluntad de DON Anselmo de un error que invalidó el consentimiento necesario para el nacimiento del contrato de fecha 18 de mayo de 2007, debiendo declararse nulo igualmente.

Declarada la nulidad de ambos contratos debemos acudir al artículo

1.303 del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , según el cual deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes

(que en el presente caso no resultan de aplicación).

La aplicación de este precepto al presente caso conlleva la denominada " restitutio in integrum "

con efectos
ex tunc,

esto es, habrá de ser restaurada la primitiva situación, anterior a la celebración del contrato, para lo cual se desharán los desplazamientos patrimoniales efectuados. Surge la obligación de la parte demandada de la devolución del principal invertido, CIEN MIL EUROS, con los frutos que ha generado, esto es, dicha cantidad se incrementará con el interés legal devengado desde el 15 de junio de 2005, fecha de formalización de los contratos objeto de litigio, como medio para lograr un justo reintegro patrimonial.

De igual modo, el actor deberá reintegrar a la parte demandada la totalidad del importe percibido en concepto de intereses que le han sido abonados periódicamente durante la vigencia del contrato aplicando a dicha cantidad el interés legal desde el instante en que se formalizaron.

Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria citada, conforme al [artículo 219](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) . Por tanto, será en ulterior fase de ejecución de la presente sentencia donde se fijará la cantidad de la que resulta ser acreedora la parte actora, tras la correspondiente compensación judicial.

La estimación de la pretensión ejercitada con carácter principal implica no entrar en el análisis de la cuestión subsidiariamente planteada, relativa a la resolución contractual de los contratos suscritos entre las partes, ahora declarados nulos, por haber sido satisfecha la petición ejercitada en primer lugar.

SÉPTIMO

En materia de intereses, resulta de aplicación los [artículos 1.108](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) y 576 de la Ley de Enjuiciamiento , de manera que la cantidad objeto de condena devengará el interés legal desde la fecha de la demanda y el interés legal incrementado en dos puntos, desde la fecha de notificación de la presente resolución hasta el completo pago de la cantidad adeudada.

OCTAVO

La estimación de la demanda determina que, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 394](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , que las costas deban ser abonadas por la parte demandada.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz García Unzueta, en nombre y representación de DON Anselmo , debo declarar y declaro:

La nulidad de las órdenes de adquisición de valores, Participaciones Preferentes de UNIÓN FENOSA, S.A., contratos suscritos entre las partes el 15 de junio de 2005 y el 18 de mayo de 2007 por la existencia de vicio de error en el consentimiento en ambos contratos.

Y así, debo condenar y condeno al BANCO DE SANTANDER, S.A., a estar y pasar por dicha declaración y a devolver al demandante la cantidad de 100.000 euros, con aplicación del interés legal desde la fecha de interposición de la demanda hasta la notificación de esta resolución, y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de notificación hasta el completo pago.

En ejecución de sentencia se liquidará, en favor de la parte actora, el interés legal devengado por la cantidad objeto de su inversión.

En favor de la parte demandada, se liquidará para lograr su reintegro, la totalidad de los importes abonados en concepto de intereses devengados en favor del actor durante el período de vigencia de las participaciones y con aplicación del interés legal desde la fecha del comienzo de su vigencia.

Se condena a la parte demandada al abono de las costas causadas.

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 3879000004007012 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 \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) . 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.

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.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.