



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3
FERROL**

SENTENCIA: 00147/2016

Procedimiento: Juicio Ordinario 930/2015

SENTENCIA

En Ferrol, a tres de junio de dos mil dieciséis.

Vistos por [REDACTED], Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ferrol, y su partido, los autos del Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado, con el número **930** del año **2015**, en el ejercicio de la acción de nulidad/ anulabilidad de contrato, a instancias de **DON [REDACTED]**, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Vázquez Méndez, y asistido por el Letrado Sr. Pérez-Lema López, contra: **BANCO DE SANTANDER, SA**, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. [REDACTED] y asistido por la Letrada Sra. [REDACTED] (quien actuó en sustitución de su compañero el Letrado [REDACTED]).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se presentó, telemáticamente, en fecha 23 de octubre de 2015, demanda a tramitar por los cuaces del procedimiento ordinario en el ejercicio de una acción de nulidad/ anulabilidad del contrato de suscripción de orden de valores firmado, en su día, con la demanda, en la que fijaba la cuantía de la demanda en la suma de 300.000,00€. Así que, una vez fue turnada la misma correspondió, por reparto, para su tramitación a este Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ferrol.

En la citada demanda, la parte actora, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación finalizó con la suplica en la que interesaba:

1º.- Se declare la nulidad absoluta, o subsidiariamente, en primer grado, la nulidad relativa de la adquisición de participaciones preferentes SOS Cuétara Preferentes, SAU, con

un valor nominal total de 300.000,00€ y la ampliación de capital no dineraria de SOS CORPORACIÓN ALIMENTARIA (canje por acciones) a las que se refiere el hecho primero.

2º.- De manera subsidiaria, en segundo grado, a lo solicitado en el párrafo anterior, se acuerde la resolución de las adquisiciones participaciones preferentes y de la ampliación de capital no dineraria de SOS CORPORACIÓN ALIMENTARIA por grave incumplimiento contractual de la demandada. Y, como petición subsidiaria de tercera grado declarar que la entidad demandada ha de indemnizar a los actores en la cantidad expresa en el párrafo siguiente, por su grave incumplimiento contractual, en el improbable supuesto de que fuesen desestimadas las peticiones de nulidad absoluta, nulidad relativa o resolución contractual.

3º.- Se condene en cualesquiera de los casos anteriores a la entidad demandada a estar y pasar por la declaración que se dicte y a que abone, en cualesquiera de ambos casos, al actor, en relación con las preferentes SOS Cuétara Preferentes, SAU, y la ampliación de capital no dineraria de SOS CORPORACIÓN ALIMENTARIA (canje de acciones) la cantidad de 300.000,00€ incrementada con los intereses legales desde la fecha de cargo en cuenta del precio de las participaciones preferentes adquiridas conforme a lo relatado en el hecho primero hasta la fecha de sentencia de primera instancia, y disminuida con los intereses contractuales efectivamente percibidos por el actor y, eventualmente, los rendimientos que hipotéticamente hayan generado las acciones, adjudicándose a la demandada la plena propiedad de las acciones que han sucedido a las participaciones preferentes objeto de esta demanda.

En cualesquiera de los casos todo ello con expresa imposición de las costas causadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, de fecha 4 de noviembre de 2015, se acordó, con traslado de la demanda y documentos adjuntos, emplazar a la demandada por término de veinte días para que compareciera en autos y contestara a la misma, con los apercibimientos inherentes a este emplazamiento.

Consta unida al procedimiento la diligencia de emplazamiento practicada a la demandada en fecha 23 de noviembre de 2015, por el Servicio de Actos de Comunicación y Embargo de los Juzgados de Santander.



Por escrito registrado, telemáticamente, en fecha 23 de diciembre de 2015, se procedió por la representación procesal de la demandada a contestar a la demanda.

En la citada contestación la demandada se oponía a las pretensiones de la parte actora alegando:

En primer lugar, como cuestiones procesales: la falta de legitimación activa, en tanto que el actor interviene en su nombre, sin que conste que lo haga en representación de su sociedad de gananciales; falta de legitimación pasiva de la demandada en tanto señala que la intervención en el negocio jurídico suscrito por el actor, y su relación con la demandada lo fue de mera intermediación en una operación de compra venta de valores financieros entre el demandante y SOS Cuétara (sociedad emisora del producto).

En segundo lugar, en cuanto al fondo alegó la parte demandada:

Por un lado, la caducidad de la acción ejercitada en tanto refiere que la orden de suscripción de valores se consumó el 20 de diciembre de 2006, y la demanda se presentó el 22 de octubre de 2015. Además, la suspensión del abono de los cupones por la entidad emisora se produjo en septiembre de 2009, operando el canje de participaciones preferentes por acciones el 10 de diciembre de 2010. Por lo que, concluye la parte demandada que "(...) si se toma como referencia cualquiera de las fechas anteriormente mencionadas, solo puede concluirse la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada de contrario, por haber transcurrido más de 4 años desde las mismas hasta la interposición de la demanda(...)".

Por otro lado, niega la parte demandada que hubiera existido error en la formación del consentimiento por parte del demandado, del que niega que en el supuesto de haberse producido fuera este excusable, señalando seguidamente que todos los contratos constan debidamente firmados, habiendo cumplido la demandada con la diligencia que le era exigible en la intermediación de este contrato.

Por lo que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación finalizó con la súplica en la interesaba:

1º.- Se dicte sentencia desestimándose íntegramente la demanda, absolviendo libremente a la demandada de las

pretensiones contenidas en la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

2°.- Subsidiariamente, y en el hipotético caso que el Juzgado estime la demanda, declarando nulo el contrato se solicita: a) la devolución de las acciones; b) la devolución del importe de los cupones brutos percibidos por el demandante; c) el abono de los intereses legales devengados desde que el BANCO DE SANTANDER procedió al ingreso de los cupones hasta la fecha efectiva en que sean devueltas dichas cantidades y que BANCO DE SANTANDER sea condenado a pagar el importe de 11.201,34€ (cantidad rectificada en el acto de la audiencia previa señalando por error de la contestación la suma de 22.602,29€), según los importes explicados en el fundamento número IX.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación, de fecha 11 de enero de 2016, se tuvo por contestada la demanda, fijándose fecha para la celebración de la audiencia previa que quedó señalada para el día 28 de enero de 2016.

Llegado el día de celebración de la audiencia previa a la vista comparecieron las respectivas representaciones procesales y asistencias letradas de las partes. Así que, una vez abierto el acto, ambas partes se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la demanda, no siendo posible llegar a un acuerdo, se propuso prueba a continuación, en los términos que constan en las minutas de prueba unidas al procedimiento, siendo la prueba admitida y declarada pertinente en los términos que se reflejan en el acta de grabación de vista. Fijándose seguidamente fecha de celebración de juicio la cual fue modificada, por las causas que constan en los autos, señalándose finalmente para el día 11 de mayo de 2016.

CUARTO.- En la fecha de celebración de juicio se procedió a la práctica de la prueba admitida y declarada pertinente con excepción del interrogatorio de la esposa del actor Doña [REDACTED], a la que renunció la demandada, y del testigo Don [REDACTED] al que también renunció. Por lo que, concluida la práctica de la prueba, se acordó que las partes evacuaran conclusiones por escrito, en el plazo de cinco días.

Presentadas, por escrito, las conclusiones de las partes, por diligencia de ordenación, de fecha 23 de mayo de 2016, pasaron los autos a la vista para dictar Sentencia.



QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se ha observado las prescripciones legales establecidas, con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente contiene fórmula demanda Don [REDACTED], por cuanto señala que:

1º.- En fecha 28 de noviembre de 2006 firmó con la demandada la orden de suscripción de valores SOS Cuétara Preferentes, SAU, siendo la clase de valor objeto de suscripción "participaciones preferentes" con referencia 1301240036, y el importe nominal de los valores suscritos 300.000,00€, fijándose como fecha de valor el 20/12/2006, y como fecha de recompra el 31/12/2050 y el efectivo de recompra el importe nominal suscrito, es decir 300.000,00€- vid. documento 1.1 de la demanda.

2º.- En fecha 10 de diciembre de 2010, se suscribió la orden de canje a nueva referencia en virtud del cual los valores "participaciones preferentes SOS Cuétara, SAU", se canjeaban por renta variable con referencia 1301240035 siendo el efectivo de compra 300.000,00€, y el efectivo de recompra 237.000,00€, el tipo de cambio un 79,00%, y el tipo de interés 0,590%, con fecha de valor 10/12/2010, y fecha de vencimiento el 31/12/2050.

Asimismo, en el citado documento, además, del canje se suscribían activos de renta variable SOS CORPORACIÓN ALIMENTARIA, con referencia 1100470265 por un nominal de 110.436,00€, un efectivo de compra de 236.995,66€, un tipo de cambio al 214,60%, un tipo de interés de 0,176%, T.A.E. 0,176%, y una fecha de valor del 14/12/2010, y fecha de vencimiento de 31/12/2050.

Por lo que, el actor habiendo desembolsado en fecha 28 de noviembre de 2006 el importe nominal de 300.000,00€ en renta fija pasaba a tener en fecha 14 de diciembre de 2010 renta variable, presumiblemente acciones de la entidad SOS COPORACIÓN ALIMENTARIA, por un efectivo de compra de 236.995,66€, fijándose una fecha de vencimiento el 31/12/2050, y una pérdida de valor en la citada operación muy elevado (nominal 110.436,00€).

Así que, señala el actor que al tiempo de suscribir uno y otro contrato el mismo incurrió en un error/vicio del

consentimiento, por lo que procede bien la declaración de nulidad radical por infracción de normas imperativas, bien la declaración de anulabilidad por no concurrir los presupuestos esenciales para la validez de los contratos, o la resolución de los contratos. Y en todos estos casos con las consecuencias accesorias a las declaraciones bien de nulidad, bien de anulabilidad o de resolución que se estimen por ese orden de subsidiariedad.

Ello es así por cuanto el actor tiene la condición de consumidor siendo su calificación a efectos bancarios de minorista no inversor habiendo suscrito siempre productos seguros, siendo que el Banco aprovechando su confianza con la entidad y el desconocimiento del mercado financiero le ofertó el producto hoy litigioso dándole una información parcial sobre las características de los valores suscritos, pero sin explicarle que su rentabilidad no estaba garantizada, que las participaciones adquiridas no tienen salida en el mercado bursátil, y que tienen carácter perpetuo, de modo que el actor perdió en la práctica la posibilidad de disponer de su capital. De forma que, el Banco demandado según refiere la parte actora omitió expresamente información relevante, no habiéndole informado, en ningún momento, que si la entidad emisora de los valores no iba bien no percibiría ingresos del producto, ello repercutiría en su inversión, la cual se convertía en recursos propios de la entidad, vinculada a la solvencia de la misma con riesgo de pérdida del capital invertido.

En su escrito de contestación, la entidad demandada Banco de Santander se opone alegando como cuestiones procesales previas la de falta de legitimación activa, así como la excepción de falta de legitimación pasiva en relación con la acción de nulidad/anulabilidad de contratos de suscripción de las participaciones de SOS-Cuétara, y acciones SOS Corporación Alimentaria. Alega en efecto la demandada que no ha sido contraparte en ninguno de esos contratos, y que se ha limitado a intermediar en la contratación, sin percibir importe alguno, por lo que nada podría restituir a la actora. Alega, asimismo, la demandada que las acciones de anulabilidad instadas respecto de la contratación de las acciones preferentes de SOS Cuétara se encontraban caducadas en la fecha de interposición de la demanda, por el transcurso de más de cuatro años desde la celebración de los correspondientes contratos. Niega la demandada la concurrencia de vicio del consentimiento, afirmando en cambio que con anterioridad había adquirido otros



productos financieros de cierta complejidad, alguno de ellos de similares características a los que son objeto de este procedimiento. Señala la demandada que el actor antes de contratar estos productos financieros, cuya nulidad se insta, recibió información completa y detallada sobre las características y los riesgos propios de cada uno de ellos, habiéndose suministrado la documentación necesaria, supervisada y aprobada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Además, alega Banco de Santander que el actor reconoció en el momento de contratar cada uno de los productos, y firmó de su puño y letra, que la información proporcionada resultaba adecuada a su experiencia y objetivos de inversión. Abunda la demandada en la ausencia de desconocimiento alguno por el actor a la hora de contratar.

SEGUNDO.- Fijados en los anteriores términos el objeto de contienda, un razonado orden expositivo obliga a examinar, en primer lugar, la alegación de caducidad de la acción opuesta por el Banco de Santander en su contestación a la demanda, incluso con carácter previo a la cuestión de la falta de legitimación pasiva que también ha sido planteada. Ello por cuanto la falta de legitimación activa, como lo califica la demandada, por actuar, según refiere, el actor en su propio nombre y no en nombre de la sociedad de gananciales que forma con su esposa, quien también fue parte y firmó los contratos litigiosos, fue desestimada en el acto de la audiencia previa.

Sin ánimo de reiterar lo ya manifestado en la audiencia previa, conviene recordar que los miembros de la sociedad ganancial, cualquiera de los cónyuges, puede actuar en juicio de defensa de los bienes comunes ya sea accionando o excepcionando, como dispone expresamente el citado art. 1385 CC; pues también, al igual que en otro régimen de comunidad de bienes, cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad y en defensa de los intereses comunes, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a los demás sin que les perjudique la adversa, según tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial.

Por lo que, actuando el demandante en su propio nombre ha de entenderse que también lo hace en beneficio de su esposa integrante de dicha comunidad, aun cuando no la designe nominalmente, y en consecuencia en defensa de los intereses de todos los comuneros.

No hay falta de legitimación para demandar, ni litisconsorcio activo necesario, como parecer sugerir la demandada, ya que

nadie puede obligar a otro a que sea codemandante, lo que es ajeno a los efectos de la sentencia y límites de la acción ejercitada, pero queda bien constituida la relación jurídico procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa ejercitan una acción (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1993, 10 de noviembre de 1994, 27 mayo y 6 de junio de 1997 y 25 de febrero de 1998).

En lo que respecta a la caducidad, la alega la actora señalando que: la orden de suscripción de valores se consumó el 20 de diciembre de 2006, y la demanda se presentó el 22 de octubre de 2015. Además, la suspensión del abono de los cupones por la entidad emisora se produjo en septiembre de 2009, operando el canje de participaciones preferentes, por acciones, el 10 de diciembre de 2010. Por lo que, concluye "(...) si se toma como referencia cualquiera de las fechas anteriormente mencionadas, solo puede concluirse la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada de contrario, por haber transcurrido más de 4 años desde las mismas hasta la interposición de la demanda(...)".

Ahora bien, fijados los elementos en que basa la demandada el instituto de la caducidad el examen requiere la previa determinación de la naturaleza de la acción ejercitada por la parte demandante, a la luz de las manifestaciones contenidas en la demanda y de los motivos de impugnación de los contratos que han sido invocados.

En este sentido, solicita la parte actora, en efecto, la declaración de "nulidad radical" de los contratos suscritos en fechas 28 de noviembre de 2006, y la operación de canje de 10 de diciembre de 2010, ahora bien tal petición se contradice, en cierto modo, con las alegaciones vertidas en la demanda en tanto la misma aparece planteada en unos términos en los que parece claro que se ejercita la acción contemplada en el artículo 1.265 del CC que declara la nulidad por vicio del consentimiento en los contratos en los que el citado consentimiento se haya prestado "por error, violencia o dolo", consistiendo el error en aquel vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta, error que lleva al contratante afectado a consentir en un contrato que no hubiera concertado de conocer su verdadera naturaleza o efectos. Como indica el art. 1.266 del citado texto sustantivo "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a



celebrarlo". No es preciso, por lo tanto, que no exista causa para el contrato, o que la misma sea ilícita o fruto de una simulación, sino que basta con que el contratante que incurre en el error no la conozca en su verdadera naturaleza, y preste su consentimiento bajo la errónea creencia de ser otra distinta (así se pronuncian entre otras muchas Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004).

De la redacción de la demanda parece inferirse que hace referencia la parte actora, además de al error, a la existencia de otro vicio del consentimiento, fundado en la ocultación intencionada de información existente acerca de la previsible evolución de los mercados financieros y, en concreto, de los tipos de interés, de manera que la demandada indujo a la actora a contratar sobre la base de la ignorancia de ésta acerca de dicha información "privilegiada". Si bien no se designa específicamente esta actitud de la demandada como dolosa, si se refiere a ella como un supuesto delito de estafa, desprendiéndose de los términos de la demanda la referencia a esta "ocultación" como motivadora del error padecido.

Conforme a la doctrina más autorizada, y a numerosa jurisprudencia cuya cita por conocida resulta ociosa, ha de distinguirse en todo caso entre nulidad absoluta y anulabilidad. La primera, nulidad absoluta o "radical" se daría por la falta de los requisitos esenciales del contrato recogidos en el artículo 1261 del Código Civil, mientras que la segunda, anulabilidad, se predica de los supuestos en que, concurriendo aquellos requisitos esenciales (consentimiento, objeto y causa), no obstante el consentimiento aparece viciado por la existencia de error, violencia, intimidación y dolo, con la caracterización recogida, respectivamente, en los artículos 1266 a 1270 del citado texto sustantivo y con los efectos plasmados en el artículo 1303 del CC. A la acción de anulabilidad, y no a la de nulidad radical, es a la que se refiere la demanda, en una interpretación sistemática del relato y pretensiones en ella contenidos, y también el artículo 1.301 del Código Civil cuando establece que "solo durará cuatro años", plazo que de caducidad o de prescripción, cuya consideración, como tal, no está resulta- así se señala en la Sentencia de la Sección 4ª de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 27 de abril de 2016.

Sentado lo anterior, en cuanto al inicio del cómputo del plazo hábil para el ejercicio de la acción puede ser traído a

colación lo referido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 que dispone que 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, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del CC.

En orden a cuándo se produce la consumación del contrato, ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad, con más precisión de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, es decir, con la realización de todas las obligaciones. Ahora bien, este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

Así que, de acuerdo con lo anterior, debe considerarse que en la consumación de los contratos sinalagmáticos, con obligaciones recíprocas para ambas partes, la misma no ha de entenderse producida sino desde que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiendo, por lo tanto, distinguir entre lo que es perfección del contrato y la consumación del mismo, sin que por consumación deba de entenderse la fase final del contrato o agotamiento de su eficacia que se produce cuando el contrato deja ya de producir todos los efectos que le son propios.

De forma que, atendiendo a lo anterior es evidente, que en el caso que nos comprende, la consumación no se produce hasta el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas y, además dicho momento debe hacerse coincidir con el abono bien de las remuneraciones pactadas o bien con la recuperación del capital invertido por el actor, con los efectos que al vencimiento de los valores suscritos se hubieran pactado, siendo la fecha de vencimiento de estos valores la de 31/12/2050, fecha de vencimiento que coincide tanto en el contrato de orden de suscripción de participaciones preferentes SOS Cuétara como de acciones SOS Corporación Alimentaria.

Por lo que, el solo hecho de haber dejado el actor de percibir dividendos o cupones de los valores participaciones preferentes, en septiembre de 2009, o el canje participaciones por acciones en diciembre de 2010, en modo alguno ponen de relieve, o hacen prueba del hecho de que, en esas fechas, el actor pudiera haber salido del error en el que pudo haber



incurrido al tiempo de suscribir los contratos litigiosos. Así que, como señala la citada Sentencia de la sección 4ª de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 27 de abril de 2016, que reitera otra anterior de fecha 16 de marzo de 2016, "Difícilmente cabe a través de tal documento [el de canje], sin explicación adicional y ausencia total de cultura financiera en el demandante, dar por probado- la carga de la prueba corresponde a la demandada, art. 217 de la LEC- que tomara constancia del canje de las preferentes por acciones, que ello supusiese afectación del capital de su inversión, o que fuera debidamente informado sobre la trascendencia y significado de tal acto jurídico para eliminar la situación de error en la que se encontraba inserto".

Señalando la Sentencia de fecha 16 de marzo de 2016, ya citada que: "Es cierto que, con fecha 24 de noviembre de 2010, se suscribe una denominada orden de "canje nueva referencia" (f 43), en la que figuran datos de la operación nº 3 "sic" activo participaciones preferentes nominal 100.000,00€, fecha de valor 14 de diciembre de 2010 y vencimiento 31 de diciembre de 2050, y, a continuación, datos de la operación nº 4, "sic", emisor SOS CUÉTARA PREFERENTES, SAU, participaciones preferentes 78.988,54 euros, cambio 100, tipo de interés 0,010%, efectivo compra 78.988,54 euros, fecha de valor 14 de diciembre de 2010, y vencimiento fecha 22 de noviembre de 2050, sin que de tal documento quepa deducir que los actores canjeasen preferentes por acciones, ni que de ello supusiese afectación al capital e su inversión, ni que fueran debidamente informados sobre la trascendencia y significado de tal acto jurídico.

Es más después de tal data, se emite por la demandada para su recepción por los actores, liquidación por administración e depósitos, a 31 de diciembre de 2010, en la que figura descripción "PFR SOS CUÉTARA PREFER; SAU", nominal 100.000,00 euros (f45), con lo que no es irracional pensar que persistía o al menos podía persistir, el error sobre la inexistencia de la pérdida significativa del valor del supuesto canje, sobre cuya información tampoco contamos con prueba que permita a los actores constancia real de lo que estaba sucediendo y de los documentos que firmaban".

Razonamientos y fundamentación jurídica en los que la citada Sentencia, entre otras motivaciones, basa la desestimación de la caducidad de la acción, los cuales por su similitud con el caso que nos comprende resulta plenamente aplicables, y que

determinan, con lo expuesto, la desestimación de la caducidad de la acción alegada por la demandada.

TERCERO.- Desestimada la caducidad/prescripción de la acción entablada, se ha de examinar ahora la excepción de falta de legitimación pasiva.

En este punto basa la demandada la excepción de falta de legitimación pasiva en su condición de tercero en la relación jurídica litigiosa por ser mera intermediaria, limitándose a ejecutar la orden de suscripción de valores o de canje. Así, la entidad bancaria sostiene que actuó como un mero intermediario en la adquisición de la suscripción de valores en el mercado secundario, que su labor fue de mera intermediación en una operación de compra venta de valores financieros entre el demandante, Sr. [REDACTED], y su esposa, y la entidad emisora SOS Cuétara, lo que no puede conllevar responsabilidad por parte del Banco.

Sin embargo ha quedado acreditado que la actuación de la demandada no fue la de un mero intermediario (mandatario). Resulta admitido por el Banco que cumplieron con su deber de información, con lo que tácitamente admiten una labor que va más allá de la de mero intermediario. La actuación de la entidad ante el demandante conllevaba apariencia de que era ella la responsable para llevar a cabo todas las gestiones relacionadas con los contratos suscritos. Por un lado, en ninguno de los documentos firmados por la parte actora se hace referencia a que el Banco Santander actúe por orden de SOS Cuétara, sino que el contrato se suscribe entre el Banco y la actora. Fue la entidad la que informó y contrató con el actor, y su esposa, y la que suministró información del producto a posteriori (remitiendo extractos), sin que en ningún momento hiciera referencia alguna a que actuara por nombre de otro, siendo la entidad la única que contactó con el actor antes, durante y después de la contratación.

En definitiva, estamos ante una labor de asesoramiento y no de mera intermediación, por lo que la excepción de falta de legitimación pasiva debe ser desestimada.

CUARTO.- Entrando, entonces analizar el fondo de la cuestión litigiosa que nos comprende, es necesario fijar la relación de hechos que resultan probados. De este modo:



1º.- Es un hecho probado que ni el actor ni su esposa son hábidos expertos en finanzas, ni en mercados financieros, sin que tal calificación pueda serle atribuida por el mero hecho de haber sido administrador de una empresa familiar, en tanto su actividad laboral en la empresa no era otra que la de técnico [REDACTED], hasta que la empresa cerró en el año 2004.

2º.- A tenor de la documental aportada es un hecho probado que los productos bancarios suscritos por el actor y su esposa, no eran productos de riesgo, limitándose, con alguna salvedad, a firmar imposiciones a plazo fijo, contrato de tarjeta Repsol, préstamos...

3º.- En cuanto a la suscripción de valores complejos de la entidad BBVA, se desconoce cuáles son los valores, y la clase de los suscritos en su día por el actor, y si estos eran participaciones preferentes o subordinadas. Desconocimiento que se extiende a la información que sobre los mismos pudo haber sido suministrada al actor, al objeto de poder valorar tanto la comprensión como el alcance y conocimiento que el demandante pudiera tener sobre estos productos. Habiendo referido el mismo al deponer en el plenario que siempre recuperó el capital invertido. Lo que en sentido contrario, a lo pretendido por la demandada, puede servir de base para estimar que el actor desconocía la verdadera naturaleza y riesgo de unos valores que hasta la fecha no habían provocado perjuicio o pérdida patrimonial.

4º.- La demandada no prestó al actor información veraz, transparente y clara de los valores que firmaba, participaciones preferentes, y sin que la información que prestó en el momento del canje de esos valores permitiera conocer al actor que lo que realmente estaba suscribiendo eran acciones de SOS Corporación Alimentaria. Tal premisa no se desprende y menos resulta deducible del documento de canje en el que se refleja que se suscribían activos de renta variable SOS CORPORACIÓN ALIMENTARIA, con referencia 1100470265 por un nominal de 110.436,00€, un efectivo de compra de 236.995,66€, un tipo de cambio al 214,60%, un tipo de interés de 0,176%, T.A.E. 0,176%, y una fecha de valor del 14/12/2010, y fecha de vencimiento de 31/12/2050. Nada se dice en este documento que se canjean valores complejos por acciones.

5º.- No consta que la demandada hubiera facilitado al actor, o a su esposa, al tiempo de firmar el contrato de fecha 28 de noviembre de 2006, de suscripción de participaciones

preferentes, verdadera información de la auténtica naturaleza y riesgo de este producto, con inclusión del riesgo de pérdida total del capital invertido. Nada probó la demandada sobre este particular quien renunció al testigo Don [REDACTED], trabajador de la entidad bancaria en esas fechas y que fue quien comercializó el producto SOS Cuétara participaciones preferentes.

6°.- Si acreditó la demandada, con el testimonio de Don [REDACTED], que fue quien intervino en el negocio jurídico de canje por la entidad bancaria, que fue la propia entidad quien señaló que el canje era prácticamente obligatorio, el no canjear los valores por acciones no tenía salida.

7°.- La demandada no realizó al actor ni a su esposa la preceptiva calificación "inversora", no sometiendo al mismo al los preceptivos test de idoneidad o conveniencia, cuando eran de preceptivo cumplimiento.

QUINTO.- Señalado cuanto antecede, resulta evidente que el actor debe ser calificado de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de consumidor y, por lo tanto, merecedor de la máxima protección, sin que el hecho de que hubiera realizado con anterioridad varias operaciones financieras varíe dicha conclusión, pues ello en modo alguno permite presumir que el actor tuviera acceso a la información tan compleja que conlleva la suscripción de las participaciones preferentes, ni tampoco a la adquisición de otros productos ligados a valores cotizables en Bolsa.

En este sentido, cabe recordar que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al Banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido (...). Las participaciones preferentes se negocian en un mercado organizado (...) no obstante, su



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer 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. Estableciendo el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo un concreto deber de diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidido 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).

El citado Real Decreto, vigente en la fecha de suscripción del contrato litigioso con la entidad SOS Cuétara, fue derogado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre- en vigor en la fecha del canje-, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39CE, 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); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa” debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias

financiera y aquellos objetivos (artículo 79, bis núm. 3, 4 y 7).

SEXTO.- En relación con lo anterior, se debe recordar en lo que respecta a la carga de la prueba que el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005, establece que "la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes" y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual, por otra parte, es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

Por lo tanto, partiendo de que el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre aquello a lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone.

Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar además su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual, debe procurarse al contratante, por la propia entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece.

En la fase contractual, basta citar el contenido de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que



podiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses. Pero es que, en algunas ocasiones, la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Real Decreto Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, cuyo artículo 3 y bajo la rúbrica "concepto general de consumidor y de usuario", contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "a los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar al actor. Debiendo recordarse que son derechos básicos de los consumidores y usuarios: "(...) d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios (...)".

Así que, se ha de concluir que de la actividad probatoria desplegada en el juicio se desprende, que existió efectivamente en la suscripción del contrato de adquisición de las participaciones preferentes SOS Cuétara el error invalidante del consentimiento que se dice padecido por la actor.

De forma que, no consta probado cuál fue el alcance o exhaustividad en la información facilitada al demandante al tiempo de su firma, información que en modo alguno debió ser efectuada de forma genérica, ni con base simplemente en el formulario de modelo que figura firmado por Don [REDACTED] sino en atención a las concreta situación y necesidades de éste.

En este punto aporta la demandada, con su contestación, numerosos documentos, es decir, distintos formularios firmados por Don [REDACTED] y su esposa, confirmando la recepción de la información suministrada acerca de cada uno de los productos contratados. No obstante, de su lectura no se desprende, en modo alguno, que dicha información resultara suficiente y detallada, y por el contrario se emplean expresiones genéricas como "he sido informada de los riesgos y características del producto", o atinentes a la propia extensión del deber de información, que en realidad nada añaden a lo manifestado por el empleado del Banco que, como testigo, declaró que, respecto del canje, mantuvo varias reuniones con la cliente, y que la misma comprendía perfectamente las implicaciones de lo contratado. Si bien se desconoce cuál fue la información suministrada por quién le

comercializó el 28 de noviembre de 2006 los valores participaciones preferentes SOS Cuétara.

En conclusión, no puede estimarse como pretende la demandada que la existencia de tales documentos produzca el efecto de inversión de la carga de la prueba sobre la suficiencia y conveniencia de los datos suministrados, de modo que recaiga sobre el actor el deber de acreditar que no la recibió.

En el caso que nos ocupa, es evidente la complejidad de los contratos formalizados por las partes, no solo por su funcionamiento sino porque el completo conocimiento de su real alcance exige disponer de información precisa acerca de los mecanismos y evolución previsible de los mercados financieros. Por lo demás, quedó acreditado que el actor, Sr. [REDACTED] no tiene experiencia ni formación en materia financiera, que se fió en todo momento de las recomendaciones del personal del Banco y que, si suscribió los productos, fue porque así se lo aconsejaron e insistieron. De la prueba practicada o mejor, de la ausencia de la misma- cuya carga de probar correspondía a la entidad bancaria demandada- se desprende entonces que la información facilitada a la parte contratante por el Banco de Santander SA. fue deficiente o incompleta, lo que ha de considerarse en el presente caso como ocultación "negligente" determinante de un error invalidante del consentimiento, puesto que afecta a elementos esenciales del objeto del contrato, como son el riesgo asumido, materializado en las importantes contraprestaciones económicas en caso de bajada acelerada de los índices de cotización, o en el supuesto de insolvencia sobrevenida de la entidad emisora de los valores, así como el alto coste de cancelación en ese supuesto, o incluso la imposibilidad de la cancelación misma.

Todo lo que determina, como lógica conclusión de lo expuesto, que la demanda deba ser estimada declarando la nulidad de los contratos litigiosos, con íntegra estimación de las pretensiones de la parte actora.

SÉPTIMO.- Los efectos de la nulidad que se declara se establecen en el artículo 1303 del CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas que fueran objeto de contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.

En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

Es por ello, que la entidad bancaria, al ser consecuencia directa de la declaración de nulidad, deberá devolver al actor la cantidad entregada como precio por la suscripción de los valores participaciones preferentes SOS Cuétara (300.000,00€), reintegrando el actor a la demandada las cantidades percibidas como fruto de ese contrato, liquidación de intereses, rendimientos, por la suscripción de estos valores, que en su día se determine en ejecución de sentencia- es decir el fruto del producto objeto de suscripción, los rendimientos abonados durante el período de vigencia.

La cantidad invertida por el actor devengará, no obstante, los intereses legales correspondientes desde la fecha del efectivo desembolso por suscripción estos valores, 20 de diciembre de 2006, como solicita la parte actora, pues así lo contempla el artículo 1303 del CC, deberá restituirse el "precio con sus intereses", que serán los previstos en el artículo 1100 del CC.

Además, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de abril de 2009, que cita la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 10 de marzo de 2014 "el artículo 1303 del CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses, norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales".

Y continúa diciendo "en lo que aquí interesa, matiza la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 que "el precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, de carácter complementario o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (artículos 1101 y siguientes), y los relativos a la liquidación del estado posesorio (artículos 452 y siguientes), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto".

Así pues, debiendo la entidad bancaria devolver el nominal invertido, con los intereses legales desde la fecha en que se

realizó la respectiva inversión. Determina que el cliente demandante habrá de devolver la remuneración percibida, o los rendimientos brutos percibidos con motivo de la suscripción de estos valores- ya preferentes SOS Cuétara ya acciones SOS Corporación Alimentaria-, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, con independencia de las cuestiones fiscales ajenas a este procedimiento, y los correspondientes intereses desde la fecha de efectivo pago de cada uno de los rendimientos o dividendos percibidos.

Asimismo, en actor deberá reintegrar a la demandada los títulos acciones suscritas de la entidad SOS Corporación Alimentaria.

De igual modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del CC, la estimación de la acción principal de nulidad relativa de la suscripción de la orden de compra de valores, en este caso, comporta automáticamente la de los contratos vinculados a ella, de la misma fecha o fecha próxima, pero en todo caso vinculados y dependientes de los primeros, con los que guardan unidad funcional.

OCTAVO.- En cuanto a las costas, se hace especial declaración sobre las costas causadas en la instancia, en tanto la misma ha sido estimada íntegramente, siendo que, además, fue la demandada quien con su negligente conducta provocó el error que anula el contrato objeto de contienda, incumpliendo el principio de buena fe contractual.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Que **debo estimar y estimo** la demanda presentada **DON** [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Vázquez Méndez, contra: **BANCO DE SANTANDER, SA**, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Garmendia Díaz, y en consecuencia, **debo declarar y declaro** la nulidad por vicio de error en el consentimiento de los siguientes contratos: orden de suscripción de valores SOS CUÉTARA PREFERENTES, SAU, de 28/11/2006, siendo la clase de valor objeto de suscripción "participaciones preferentes" con referencia 1301240036, y el importe nominal de los valores suscritos 300.000,00€, fijándose como fecha de valor el 20/12/2006; y orden de canje a nueva referencia, de fecha 10/12/2010 en virtud del cual los valores "participaciones



preferentes SOS CUÉTARA, SAU", se canjeaban por renta variable con referencia 1301240035, con todas las consecuencias inherentes a esta declaración, **condenando a BANCO DE SANTANDER, SA** a estar y pasar por esta declaración, con la obligación de restitución recíproca de las cantidades abonadas en virtud de estos contratos que se declaran nulos, a una u otra parte contratante, así como al pago, a favor del actor, **DON** [REDACTED], de los intereses legales que devengue la cantidad que debe serle reintegrada, que serán computados desde el 20 de diciembre de 2006 hasta sentencia y desde esta hasta su completo pago los del artículo 576 de la LEC.

De igual modo, en cuanto a las percepciones que han de ser reintegradas por el actor a la entidad demandada- en los términos fijado en el fundamento de derecho 7º-, estos devengarán los intereses legales correspondientes desde la fecha de su recepción, en cada caso, hasta sentencia, y desde esta hasta su completo pago los del artículo 576 de la LEC. Debiendo el actor reintegrar a la demandada los títulos, acciones, suscritos con motivo del contrato de fecha 10/12/2010.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, ante este mismo Juzgado, en el plazo de **VEINTE** días, contados desde el día siguiente a aquél en que se notifique esta resolución de conformidad con lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes de la LEC.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por ésta mi Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, DOÑA [REDACTED], Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ferrol, y su partido.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia pública; doy fe.